



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS -
FAJS

WASHINGTON BERMUDEZ NETO

CONSTRUÇÃO SOB ENCOMENDA

CONTRATO DE “BUILD-TO-SUIT”

Brasília - DF,

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS -
FAJS**

WASHINGTON BERMUDEZ NETO

CONSTRUÇÃO SOB ENCOMENDA

CONTRATO DE “BUILD-TO-SUIT”

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Luiz Patury Aciooly Neto.

**Brasília - DF,
2014**

O presente trabalho é dedicado ao meu pai Jorge Washington Conceição Bermudez e a minha mãe Flávia Leopoldina Urbieto Bermudez.

Agradeçimentos,

Agradeço a Deus, fonte de toda vida e sabedoria pela inspiração, saúde e determinação recebida para concluir este trabalho. À minha família, sem distinção de importância entre os que a integram, não obstante minhas especiais e mais profundas homenagens se dirijam aos meus pais, verdadeiros pilares da minha vida e razão da existência de cada célula do meu corpo físico. Ao meu orientador pelo tempo e conhecimento transmitido no decorrer deste trabalho. Aos amigos, por toda amizade, força e compreensão nas horas de aflição. Por fim, a todos que me enriqueceram com ensinamentos a jamais serem esquecidos.

NETO, Washington Bermudez

“CONTRATO DE BUILD-TO-SUIT”/ Washington Bermudez Neto.
Brasília:
UniCEUB, 2014.

74 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof^a. Luiz Patury.

WASHINGTON BERMUDEZ NETO

CONTRATO DE “BUILD-TO-SUIT”

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Brasília-DF, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof^a. Orientador Luiz Patury

Prof(^a). Examinador(a)

Prof(^a). Examinador(a)

RESUMO

Os contratos buscam normatizar as relações sociais e comerciais, tanto para o particular quanto para o empresário. Sob essa perspectiva, com a chegada no país de grandes corporações, novas regras comerciais passaram a fazer parte do mercado, sendo em alguns casos regras não previstas em nosso ordenamento. O contrato de *“Build-to-Suit”* é um exemplo dessa realidade. Com origem na língua inglesa a expressão significa “construção sob encomenda” e chegou ao país trazido por grupos estrangeiros que se utilizam de sua sistemática para iniciarem suas atividades industriais. O industrial ao invés de capitalizar seus recursos na aquisição de terreno e construção de espaço físico, busca no mercado tal alternativa, ou seja, busca no mercado um investidor ou grupo de investidores que realizem tal tarefa. O imóvel gerado do contrato de *“Build-to-Suit”* é construído especialmente para um ocupante específico e se volta para locação com base em critérios pré-estabelecidos e devidamente analisados. O contrato de *“Build-to-Suit”*, também é conhecido como Locação de *“Build-to-Suit”* e se resume numa operação pela qual a contratada adquire o imóvel indicado pelo contratante, realiza por si ou por terceiros a construção de acordo com as estritas orientações do contratante, e cede a ela o uso do imóvel por determinado período de tempo. Por se tratar de uma relação contratual nova e pouco usual, o contrato de *“Build-to-Suit”* sofre ainda por conta da insegurança jurídica em torno de sua interpretação, já que sua sistemática mistura características de um contrato atípico com características de um contrato de locação. O estudo apresentado desenvolve a análise do contrato de *“Build-to-Suit”* e sua interpretação dada pela lei federal 12.744 regulamentou os contratos built to suit por meio da alteração do artigo 4º da Lei do Inquilinato e a inclusão do artigo 54-A no mesmo diploma legal.

Palavras-Chave: Contrato de *“Build-to-Suit”*. Construção para uso. Atividade industrial. Grandes corporações. Contrato de locação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DOS CONTRATOS	7
1.1 Concepção histórica.....	7
1.2 Conceito de contrato	8
1.3 Princípios gerais dos contratos	9
2. DOS CONTRATOS EM GERAL.....	15
2.1 Formas de contrato	15
2.2 Formação do contrato	18
2.3 Classificação dos contratos	23
3. CONTRATO BUILT-TO-SUIT.....	28
3.1 Conceituação	28
3.2 O BUILT-TO-Suit Em Relação à Securitização Imobiliária	35
3.3 Relação Locatícia No Built-To-Suit E Sua Natureza Jurídica.....	38
3.4 Principais Elementos na Estrutura Obrigacional do BUILTTO-SUIT na Modalidade De Locação	49
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo geral o estudo sobre o contrato de *Build-to-Suit* e sua interpretação à luz do ordenamento jurídico vigente por conta da evolução dos contratos empresariais adotados no país nos últimos anos.

Essa evolução é fruto dos anos de estabilidade econômica que o país vem passando e com a massificação de investimentos estrangeiros, que trazem consigo regras de investimentos comuns em seus países de origem, porém, novos para nosso ordenamento jurídico.

Desse conceito, surge o contrato de *Build-to-Suit*, que apresenta características de um contrato típico, que a locação de imóvel, porém, forma-se por um contrato atípico regido pelo Código Civil.

Os objetivos específicos do trabalho são: conceituar contrato em geral, o contrato de locação e o contrato de *Build-to-Suit* propriamente dito; elencar os princípios gerais dos contratos; explicar os elementos essenciais dos contratos; explicar o momento formador dos contratos e sua extinção; apresentar a importância da negociação preliminar, em face da vinculação da proposta e do aceite.

O embasamento teórico respaldou-se na evolução econômico-social do mercado nacional, levado principalmente pela participação de empresas estrangeiras, impondo que se faça uma reavaliação das relações negociais, em razão da dinâmica que se apresenta quanto as novas práticas contratuais.

Assim sendo, no decorrer do primeiro capítulo será abordado de forma conceitual a concepção histórica dos contratos, seus conceitos e princípios.

O segundo capítulo destina-se a desenvolver os contratos em geral, com ênfase nas formas de contrato e sua classificação.

O terceiro e último capítulo, desenvolve conceitualmente o contrato de *Build-to-Suit*. Neste último é desenvolvido seu conceito, suas características e sua natureza jurídica.

Por derradeiro será dado destaque para a tramitação dos Projetos de Lei que resultaram na publicação da Lei nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012, a qual entrou em vigor na data de sua publicação (20/12/2012) alterou o Artigo 4º e inseriu Artigo 54-A na Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991.

1. DOS CONTRATOS

1.1 Concepção histórica

Com a evolução das relações sociais nos mais diferentes panoramas econômicos é que o instituto dos contratos passou a ter fundamental importância, seja na relação com o Estado, seja com outros membros da sociedade.

Segundo Jusefovicz (2005, p. 27):

As transformações sofridas pelo Direito Privado estão ligadas a modificações, seja na esfera econômica, provocadas pelo desenvolvimento do capitalismo e da industrialização, seja no ambiente social, em virtude da mudança de concepções que servem de pano de fundo ou précompreensão à interpretação dos textos jurídicos. Diante da mutante realidade econômica é de fundamental importância incrementar a base interpretativa, pois só assim será possível apresentar respostas satisfatórias aos conflitos jurídicos.

O contrato como instrumento garantidor de obrigações de muito é utilizado, porém nas últimas décadas passou também a desempenhar um papel importante na economia, como mecanismo de circulação de riquezas.

Segundo Lisboa (1999), o contrato não se restringe simplesmente ao acordo de vontade previsto em lei, mas constitui sim, uma categoria indispensável e insubstituível para as relações sociais.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2005), não se pode afirmar uma data, como momento histórico do surgimento do contrato, mas é certo que ocorreu no direito romano.

Também nesse sentido Wald (2005, p. 188) afirma que “o contrato surgiu do direito romano, formado no direito canônico, no qual se vislumbra a criação de direitos e obrigações, cuja teoria foi desenvolvida pelos enciclopedistas, filósofos e juristas que precederam à Revolução Francesa”.

O conceito moderno de contrato sofreu influências de diversas correntes de pensamento, conforme o que observa Gomes (2002, p. 5):

O conceito moderno de contrato formou-se em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais: a) a dos canonistas; b) a da escola do Direito Natural. A contribuição dos canonistas constitui basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso, e, de outro, à fé jurada. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.

Ainda sobre o tema o Gomes (2002, p. 5) esclarece: A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influi na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes.

É certo o entendimento do surgimento do contrato no direito romano, porém historicamente seu uso, somente passa a ter relevante importância econômica e social com o desenvolvimento do capitalismo no fim do século XIX e ao longo de todo o século XX.

O século XIX assinala o período em que a liberdade contratual atinge o apogeu. Reflete-se na teoria do contrato aquele clima de liberdade, que foi o índice marcante do pensamento jurídico democrático e da filosofia política individualista. O contrato supõe a liberdade. O contrato, escreveu Esmein, por sua natureza, respira a liberdade. E quando, no começo do século XX, se falou da doutrina da autonomia da vontade, isto é, da liberdade contratual, como tendo preponderado de modo absoluto, no decurso do século XIX, exagerou-se a importância que lhe deram os redatores do Código Civil e a jurisprudência. As restrições à liberdade contratual, que resultavam de disposições legais particulares e do princípio da nulidade de convenções contrárias a ordem pública e aos bons costumes, foram sempre consideráveis. Feita esta reserva, é certo que o século XIX foi um século de grande liberdade contratual. (BUZAID, 1958, p. 10).

O contrato moderno com previsão constitucional que busca através do negócio jurídico a distribuição de riqueza surge somente depois de um longo período de evolução da sociedade e da econômica, pois até então seu objetivo maior era o de estabelecer garantias comerciais.

2.2 Conceito de contrato

É correto afirmar que ao longo do tempo, e principalmente nas últimas décadas, a relação contratual sofreu profundas modificações, influenciadas em grande parte, pela implementação de políticas econômicas e pela ampliação do direito do consumidor.

Com base na doutrina é correto afirmar que o contrato é acordo de vontades, que objetiva a circulação de riquezas, em que as ajustam interesses, sendo que ora gera obrigação e ora extingue obrigação.

O contrato em nossos dias firma-se como instrumento de garantia em que partes convencionam acordo para execução de algo sob determinadas

condições. Para Diniz (2008), “o fundamento do contrato é a vontade humana, desde que atue conforme à ordem jurídica”.

Sobre o tema a autora afirma: Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2008, p. 21).

Dentre as diversas definições de contrato, Costa & Junqueira (2008, p.25), definem contrato como sendo “o ato jurídico em que duas ou mais pessoas se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial”.

Para Azevedo (2004) o conceito de contrato está associado à manifestação de duas ou mais vontades, com objetivo de criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica.

Outra definição é dada por Coelho (2008, p. 23):

Os contratos são, quanto à sua formação, sempre atos bilaterais, porque pressupõem a convergência de vontade de pelo menos duas pessoas. Em relação às obrigações contraídas pelas partes, dividem-se em bilaterais e unilaterais. No primeiro grupo, estão os contratos em que ambos os contratantes se obrigam (compra e venda); no segundo, apenas um deles tem obrigações perante o outro (mútuo).

A definição de contrato busca de imediato ajustar o entendimento em torno da necessidade das partes e do interesse espontâneo destas em se submeter ao compromisso jurídico de contratar.

2.3 Princípios gerais dos contratos

Os contratos buscam normatizar relações sociais e comerciais, para tal precisam fundamentar-se em parâmetros mínimos que lhe garantam legalidade, ou melhor, em caso de ausência de tais parâmetros de pronto se identifique sua ilegalidade, impedindo-o assim de produzir efeitos.

Para Reale (1969, p. 2), “princípios são verdades fundamentais que servem de suporte ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos”.

Sobre o mesmo assunto, Coelho (2008, p. 24) esclarece:

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é limitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse

coletivo.

Ainda sobre o tema, Coelho (2008) acrescenta que o contrato observará por finalidade e por limite a sua função social.

Além dos princípios gerais do direito, ditos fundamentais, como a liberdade, igualdade, equidade, responsabilidade e a isonomia, existem ainda aqueles princípios chamados de próprios, como a autonomia da vontade, força obrigatória, relatividade dos contratos, a boa-fé e a função social do contrato.

2.3.1 Autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade baseia-se na manifestação pessoal, ou seja, na liberdade de contratar. Embora a vontade das partes não deva ser considerada como requisito único de validade do contrato torna-se imprescindível que seja manifestada sua existência, sob pena de nulidade.

Para Gomes (2002, p.23), “a liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente”.

Segundo Coelho (2008, p. 8), “a ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contrato entre elas”.

Ainda sobre o princípio da autonomia da vontade Coelho (2008, p. 8) observa:

Princípio da autonomia da vontade, nuclear no regime privado do direito dos contratos, desdobra-se em postulados como os seguintes: a) todos são livres para contratar ou não; b) todos são livres para escolher com quem contratar; c) os contratantes têm ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato.

Além disso, a autonomia da vontade é conceito originário da Filosofia e fundamental no entendimento da moralidade das condutas. Para Diniz (2008), a liberdade de contratar é a regra, porém, destaca que o Código Civil, no artigo 107, descreve que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei a exigir expressamente, sob pena de nulidade.

Diante do estudo apresentado, observa-se que a liberdade dada às partes para contratar está relativizada ao interesse social, onde a liberdade de contratar pode em alguns casos encontrar imposição estatal para questões de ordem pública.

2.3.2 Força obrigatória

O princípio da força obrigatória dos contratos baseia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, pois nasce da vontade destas. A força obrigatória dos contratos baseia-se no princípio do *pacta sunt servanda* ou expressão da vontade das partes em contratar.

Para Gomes (2002, p. 36), “celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade devem ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.

Segundo Azevedo (2004, p. 25), “a autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta”.

Venosa (2003, p. 376) afirma que “um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda* (princípio da força das cláusulas contratuais). O acordo de vontades faz lei entre as partes. Essa obrigatoriedade de forma é a base contratual”.

Argumentando sua posição com base no Código Civil, Diniz (2008, p. 37) esclarece:

O ato negocial, por ser uma norma jurídica, constituindo lei entre as partes, é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou haja a escusa por caso fortuito ou força maior (CC, artigo 393, parágrafo único), de tal sorte que não se poderá alterar seu conteúdo, nem mesmo judicialmente. Entretanto, tem-se admitido, ante o *princípio do equilíbrio contratual* ou da equivalência material das prestações, que a força vinculante dos contratos seja contida pelo magistrado em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação.

Apesar do entendimento de que o contrato deve ser respeitado, pois nasce da autonomia da vontade das partes, cabe observar que a este princípio não se pode atribuir um caráter absoluto. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, influenciou em muito para que o princípio passasse a sofrer interpretações restritivas de sua aplicabilidade.

2.3.3 Relatividade dos contratos

Apesar do contrato gerar obrigações entre as partes, a realidade econômica passou a permitir a revisão contratual, para as hipóteses de ofensa a dignidade da pessoa humana e a possibilidade de revisão por onerosidade excessiva, de acordo com a legislação vigente.

Em regra o contrato gera obrigações somente entre os que dele participam, contudo cabe observar que por tratar-se de coisa tangível, pode gerar reflexos a terceiros, ainda que indiretamente.

Sobre a relatividade dos contratos, Diniz (2008, p. 40/41) observa:

O ato negocial deriva de acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros. Assim, ninguém se submeterá a uma relação contratual, a não ser que a lei o imponha ou a própria pessoa o queira. Todavia, o princípio da relatividade dos contratos sofre exceções, como, por exemplo, nos casos: a) dos herdeiros universais (CC, art. 1.972) de um contratante que, embora não tenha participado da formação do contrato, em razão do princípio Geral de direito *ubi commoda ibi incommoda*, sofrem seus efeitos [...]; e b) da estipulação em favor de terceiros, que estende seus efeitos a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo-lhes deveres, apesar de elas serem alheias à constituição da avença.

Os terceiros não poderão ser aproveitados tão pouco prejudicados pelo contrato firmado, exceto nos casos previstos em lei.

O artigo 478 do Código Civil, *in verbis*: “Nos contratos de execução continuada ou deferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

O texto posto no artigo 478 do Código Civil representa um grande avanço para o Direito Civil, especialmente para os contratos, ao possibilitar sua revisão, redefinindo o caráter imutável dos contratos.

2.3.4 Boa-fé

O princípio da boa-fé está mais ligado a interpretação do contrato do que com a estrutura em si.

Para Gomes (2002, p. 42), “o princípio da boa-fé significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível”.

Na visão de Azevedo (2004, p. 28): O princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito. Acrescenta ainda o autor que a contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos.

Deve o princípio da boa-fé estar associado ao dever de lealdade e confiança que as partes contratantes devem ter entre si, do início ao fim do contrato ou seja, da

formação até e extinção.

Para Diniz (2008) o princípio da boa-fé deve ser entendido de maneira mais ampla, sobre tudo, com a perspectiva da função social do contrato.

Sobre o tema a autora afirma:

A liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2008, p. 25/26).

O princípio da boa-fé é a base da relação contratual, em que as partes buscam através do instituto do contrato estabelecer uma relação negocial saudável.

2.3.5 Função social do contrato

Cabe ao Estado o bem-estar dos cidadãos, sendo assim o contrato não somente deve satisfazer os contratantes como também respeitar os interesses da coletividade.

Sobre a função social do contrato, Azevedo (2004, p. 31) esclarece:

Pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão. Para que este espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas congêntes, interferindo nas contratações, com a sua vontade soberana, para evitar lesões.

Com o entendimento de que a propriedade deve atender a função social, o contrato passou também a ter o mesmo entendimento.

Nesse sentido Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 55) observam: Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

Ainda sobre o tema, o autor conclui: Essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.

O princípio da função social surge no ordenamento jurídico nacional com o artigo 421 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Neste sentido, Venosa (2003, p. 376) esclarece: Por esse prisma, realçado o conteúdo social do Código [...] o controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico.

Ainda sobre o tema, o autor observa: Como procura enfatizar o novo diploma, o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade.

Para Diniz, a Constituição Federal também descreve de forma explícita a função social. Segundo a autora:

A função social da propriedade e a dos contratos constituem limites à autonomia da vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade, à justiça social, à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, III). (DINIZ, 2008, p.25).

A possibilidade de intervenção estatal nos contratos possibilitou que para casos de flagrante desrespeito do interesse social o estado interceda e cesse com qualquer prática abusiva.

2. DOS CONTRATOS EM GERAL

2.1 Formas de contrato

No artigo 107 do Código Civil, com relação à forma do contrato, nada é imposto, ou seja, o texto legal dá liberdade para que as partes convençionem, porém, poderá ser imposta forma quando a lei assim o exigir.

Para Gonçalves (2004, p. 55), “a forma do contrato é o meio ou o conjunto de meios de que se valem os contratantes para exteriorizarem seus interesses, suas manifestações de vontade, na relação jurídica contratual”.

Ainda sobre o tema, Gonçalves (2004, p.55) esclarece que “não havendo exigência legal de forma, pode o contrato ser verbal ou escrito, por documento particular ou público”.

Sobre o tema, Lisboa (1999, p. 83/84) observa:

Sempre que a lei não proibir, será facultada às partes a adoção da forma que preferirem para contratar. Contudo, quando a lei impuser determinada forma, esta deverá ser observada, sob pena de nulidade. Assim, por exemplo, o contrato de compromisso de compra e venda de imóveis deve ser celebrado sob a forma escrita, para que possa constituir título jurídico hábil à transferência da propriedade, o que se dará com a lavratura da escritura pública respectiva junto ao cartório de notas e com a subsequente averbação no registro imobiliário.

Quando não determinada por lei a forma do contrato poderá ser convençionada pelas partes, mas a liberdade dada pela legislação é relativa, pois a lei impõe os casos de obrigatoriedade formal. Nestes casos a inobservância da regra legal acarreta nulidade do contrato.

3.1.1 Validade dos contratos

Para que o contrato tenha validade e assim produzir seus efeitos é necessário segundo o artigo 104 do Código Civil que seja realizado por agente capaz, que o objeto do contrato seja lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A validade dos contratos é assegurada por características mínimas que determinem a sua legalidade sob pena de distorção do próprio instituto dos contratos.

3.1.1.1 *Agente capaz*

Toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na vida civil, porém o texto da lei refere-se à capacidade como as pessoas podem realizar negócios jurídicos. O Código Civil exclui certas pessoas de exercer pessoalmente os atos da vida civil, seja por incapacidade absoluta ou ainda por incapacidade relativa.

Para Lisboa (1999, p. 80):

O grau de discernimento do sujeito para a celebração do contrato é pressuposto de sua existência, já que se refere a elementos estranhos ao ajuste isoladamente considerado, concernentes à identificação das partes (e não a seu grau de discernimento), ao bem da vida contratado e ao conteúdo do negócio jurídico. Não há contrato válido se uma das partes for absoluta ou relativamente incapaz para a prática de negócio jurídico, nos termos da legislação em vigor.

Sobre a personalidade e a capacidade civil Gonçalves (2002, p. 35) explica:

Toda pessoa é dotada de personalidade, isto é, tem capacidade para figurar em uma relação jurídica. Capacidade é a medida da personalidade. A que todos possuem é a capacidade de direito. Mas nem todos possuem a capacidade de fato (exercício do direito), que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil, também chamada de “capacidade de ação”. Os recém nascidos e os loucos têm somente a capacidade de direito (de aquisição de direito), podendo, por exemplo, herdar. Mas não têm a capacidade de fato (exercício). Para propor qualquer ação em defesa da herança recebida, precisam ser representados pelos pais e curadores.

Cabe observar que o incapaz poderá ser parte em contrato, desde que o faça conforme determina a legislação e neste caso não poderá arguir em momento algum do período contratual nulidade quanto a sua incapacidade civil.

3.1.1.2 *Objeto lícito, possível, determinado ou determinável.*

O objeto do contrato deve ser aquele não proibido por lei, assim não se pode estabelecer um contrato de prestação de serviço para que alguém mate outra pessoa.

Também não pode ser objeto do contrato as coisas impossíveis, como vender um terreno no fundo do mar, ou ainda vender órgão do corpo humano.

Objeto deve ser determinado ou determinável, ou seja, deve o contrato conter informações que permitam individualizar o objeto, de forma que não fique nenhuma dúvida sobre sua identificação.

Sobre a licitude do objeto, Lisboa (1999, p. 81) esclarece: A ilicitude do objeto a ser contratado inclui, ainda, a noção de possibilidade física da aquisição do bem, sob pena de inviabilização do contrato. Não há, por exemplo, contrato de aquisição de um planeta ou de uma estrela.

Nesse sentido Diniz (2008) observa que o contrato deverá conter os elementos necessários e suficientes, para que se possa determinar o seu objeto, de modo que a obrigação do devedor tenha sobre quem incidir. Ainda segundo a doutrinadora, se indeterminável o objeto, o contrato será inválido e ineficaz.

O contrato é um instrumento legal que busca exatamente na legalidade estabelecer compromissos entre as partes, e basear essa relação em um objeto ilícito é tornar o próprio contrato ilegal.

3.1.1.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

O Código Civil libera a forma do contrato entre os particulares, porém, faz ressalva nos contratos em que a lei determina sua forma. Nos casos em que as partes contratam entre si, ainda que distante a imposição de forma, deve o contrato respeitar características como a objetividade e a clareza, objetivando um sentimento maior que é o da boa-fé. Com base nisso, deve o contrato definir de maneira mais respeitosa possível os direitos e obrigações de cada parte.

Neste sentido Costa e Junqueira (2008, p. 27) comentam:

Para a declaração da vontade ter validade jurídica não depende de forma especial, senão nos casos em que a lei expressamente a exigir. Para os casos de liberdade de forma, as partes devem sempre dar aos seus atos objetividade e clareza, dando, portanto, dando uma consistência imune à má-fé e dúvida interpretação. Por isso o contrato deve estipular minuciosamente e detalhadamente todos os direitos e obrigações das partes.

Ainda sobre o tema Costa e Junqueira (2008) esclarecem que a boa-fé é um dever de conduta dos contratantes, com previsão legal no Código Civil, em seu artigo 422, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Sobre a função social do contrato, Azevedo (2004, p. 31) argui:

Pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão. Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana,

para evitar lesões.

Com base na doutrina, é correto afirmar que a liberdade contratual encontra sustentação legal nas normas jurídicas, sobre tudo no Código Civil, mas cabe destacar, que tal liberdade está condicionada à função social do contrato e valores como a boa-fé e probidade.

2.2 Formação do contrato

Têm a doutrina entendido que o momento de formação dos contratos se dá na proposta e pela manifestação da vontade pelas partes, entretanto, essa interpretação não é una para todos os contratos, pois existem contratos em que é necessário fases preliminares, onde as partes ajustem seus interesses.

Sobre o tema Diniz (2008, p. 37), observa:

Todo contrato requer acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento, que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de sua existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual. Se houver manifestação volitiva de apenas um dos contratantes, ter-se-á mera emissão, sem força vinculante, visto que o essencial à formação do contrato; só ele tem a virtude de produzir os correspectivos direitos e deveres.

Seguindo o mesmo entendimento Wald (2005, p. 217) coloca que “o contrato como acordo de vontades, pressupõe uma proposta, denominada polcitação, feita por uma das partes – o polcitante ou o proponente – à outra – o oblato ou solicitado. Quando há aceitação, o oblato torna-se aceitante. Os dois elementos imprescindíveis para a formação do contrato são a solcitação ou proposta e a aceitação”.

Para Diniz (2008) determinar o momento em que se forma o contrato é de fundamental importância, pois:

Sendo o consentimento recíproco o ponto nuclear de todo negócio jurídico contratual, de relevante interesse é caracterizar o instante em que ele se verifica, porque daí decorre a existência do próprio contrato. É preciso fixar o momento em que se dá o acordo de vontades, manifestadas segundo a forma livre ou determinada, conforme o caso se justaponham ou coincidam é que nasce o contrato. (DINIZ, 2008, p. 39).

Sendo assim, para a existência do contrato e para que dele surjam

obrigações contratuais, devem existir em algum momento uma proposta e um aceite deste.

Assim se manifesta Diniz (2008, p.40) sobre o tema:

Entre dois extremos gira toda a controvérsia sobre a força obrigatória do contrato e sobre o momento exato em que ambos se fundam para produzi-lo. A determinação do momento em que se forma o contrato é de capital importância para: a) verificar se as partes podem retirar o consentimento, pois até aquele instante isso é possível; b) julgar se naquele momento os contraentes eram capazes de se obrigar; c) decidir quais as normas que devem reger a relação jurídica que dele deriva; d) determinar qual a autoridade competente para julgá-lo; e e) responsabilizar o adquirente, nos contratos translativos da propriedade, pelos riscos e danos da coisa alienada, assim que o contrato se tornar perfeito.

Faz-se necessário esclarecer o que se considera contrato entre presente e ausentes.

Segundo Diniz (2008, p. 41):

Considera-se *contrato entre presentes* aquele em que as partes, pessoalmente ou por meio de representante, ditam seu consentimento, que é dado pelo aceitante no mesmo ato em que é feita a proposta, mesmo que estejam até distanciadas por continentes, pois, pelo Código Civil, art. 428, I, o contrato por telefone ou por meio de comunicação semelhante se considera realizado entre presentes.

Ainda sobre o tema, Diniz (2008, p.41) esclarece que “o *contrato entre ausentes* é o celebrado entre duas ou mais pessoas, propondo-se, aceitando-se e concluindo-se por meio de cartas, telegramas e outros meios de comunicação semelhantes”.

Wald (2005, p. 218), por sua vez, observa que para a formação do contrato, é importante verificar se ocorre entre presentes ou ausentes:

[...] para verificar o momento exato da formação do contrato é preciso distinguir os contratos entre presentes e entre ausentes. Nos primeiros, não há maior dificuldade para fixar o momento da criação do vínculo contratual, porque normalmente a aceitação segue imediatamente a proposta e a falta de aceitação imediata desvincula o polícitante, salvo quando a proposta é apresentada como válida para determinado prazo. Como contrato entre presentes entende-se não apenas o contrato realizado por pessoas que estejam juntas como também os contratos realizados por representantes ou procuradores ou mediante acordo telefônico ou por meio de comunicação semelhante.

Wald (2005) apresenta as seguintes posições doutrinárias frente aos contratos celebrados pelos ausentes: A teoria da informação, em que o acordo só se

torna perfeito quando o proponente toma conhecimento da aceitação por parte do oblato; a teoria da declaração, na qual o contrato se efetua no momento em que o aceitante declara aceita a proposta; a teoria da expedição, o contrato concretiza-se quando o aceitante expede a sua declaração, na qual confirma a aceitação da proposta; a teoria da recepção há necessidade do recebimento da comunicação do aceitante pelo proponente.

Com base no Código Civil, Wald (2005, p. 219) observa:

Entretanto, o Código Civil de 2002, art. 434, afirma que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, salvo se antes dela vier a retração do aceitante (teoria da recepção) ou se as partes conveniarem prazo para o recebimento da resposta pelo proponente não chegando esta tempestivamente (teoria da recepção).

Conforme posto, cabe observar que a legislação adotou a teoria da expedição, ou seja, o aceite somente se dará quando a parte for devidamente notificada e esta expedir sua manifestação positiva acerca do interesse de contratar.

3.2.1 Negociações preliminares

São as primeiras negociações, antecedem ao contrato propriamente dito, estabelece as diretrizes do contrato ainda por ser elaborado.

Sobre a negociação preliminar, Gomes (1999, p. 59/60) esclarece:

A declaração inicial, que visa suscitar o contrato, chama-se proposta ou oferta. Quem emite é denominado proponente ou policiente. A declaração que lhe segue é a aceitação, designando-se aceitante ou oblato o declarante [...], cujos os atos preparatórios tendentes direta ou imediatamente à constituição do vínculo contratual apetece a escrito em um instrumento particular chamado minuta, que pode, ou não, ser assinada pelos negociantes.

Para Venosa (2003), as negociações preliminares, são tratativas iniciais, em que as partes estão em fase de definição de seus termos e que não desejam que seus efeitos se operem de imediato.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2005, p.), sobre a negociação preliminar: “É neste momento prévio que as partes discutem, ponderam, refletem, fazem cálculos, estudos, redigem a minuta do contrato, enfim, contemporizam interesses antagônicos, para que possam chegar a uma proposta final e definitiva”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p 95)

Na fase de negociação preliminar, as partes evoluem no objetivo de realizar ou não o contrato. É o momento em que as partes avaliam e argumentam

seus interesses.

3.2.2 Proposta

Proposta pode ser definida como a declaração de vontade. Para Gomes (2002, p. 62), “proposta é a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público”.

Sobre o tema proposta, Wald (2005, p. 217) esclarece:

A proposta de contrato obriga o proponente, como toda a declaração unilateral de vontade, se o contrário não resultar dos seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso, deixando todavia a policitação de ser vinculatória se feita sem prazo a pessoa presente, não for aceita imediatamente ou se, feita ausente, esta não responde dentro do prazo estipulado ou de prazo razoável.

Sobre proposta Diniz (2008, p.51) observa que: “proposta, oferta ou policitação é uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra, por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada, se a outra parte aceitar”.

No mesmo sentido, Venosa (2003, p. 517) coloca que:

A oferta ou a proposta denominada de policitação, é a primeira fase efetiva do contrato, disciplinada na lei. Na proposta existe uma declaração de vontade pela qual uma pessoa (o proponente) propõe a outra (o oblato) os termos para a conclusão de um contrato.

Com base na doutrina, fica claro que a proposta não deva ser confundida com a negociação preliminar. Enquanto a proposta é a declaração de vontade dirigida à pessoa com a qual se pretende contratar, a negociação preliminar é a fase inicial, em que as partes estabelecem as diretrizes do contrato ainda em fase de elaboração.

3.2.3 Aceitação

É a confirmação da proposta do proponente, sem impor condição, pois nesse caso, e por conta disso, surge uma nova proposta. Para Gomes (2002, p. 64) “aceitação é a aquiescência a uma proposta”.

Gomes (2002, p. 64) ainda evolui seu raciocínio afirmando que: “o aceitante integra sua vontade na do proponente, emitindo declaração expressa, realizando atos que exteriorizam, ou, até, silenciando, quando deveria falar”.

Sobre o tema Diniz (2008, p. 58) afirma: A aceitação vem a ser a manifestação da vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma

proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante.

Para Wald (2005) o legislador, objetivando evitar lides, definiu como vínculo contratual o momento da expedição da aceitação, salvo na relação às quais se aplica a teoria da recepção, logo, nos contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação seja expedida, salvo se antes dele vier a retratação do aceitante ou se as partes convencionarem prazo para o recebimento da resposta, conforme os artigos 433 e 434 do Código Civil.

3.2.4 Extinção

O cumprimento é o fim normal do contrato, ou seja, como todo e qualquer negócio jurídico, cumpre seu ciclo existencial. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 101):

Realizada a prestação, na forma como pactuada, extingue-se, *ex-nunc*, a relação contratual havida entre as partes. Contudo, independentemente do cumprimento da obrigação contratual, o mesmo pode ser extinto mediante um termo imposto pelas partes, que poderá ficar adstrito a uma condição resolutiva.

A doutrina observa também a possibilidade de extinção contratual através de uma condição suspensiva, porém tal hipótese dependerá de cláusula contratual.

Neste mesmo entendimento, Venosa (2008, p. 118) observa:

A extinção do contrato, por sua vez, pode ocorrer de forma normal ou não. Um contrato regularmente cumprido em suas obrigações extingue-se normalmente. É na extinção anormal, antecipada no tempo ou alterada no objeto ou na forma, que vamos encontrar outras hipóteses de extinção, um desfazimento mais restrito.

As causas de extinção contratual podem ser diversas.

Para Diniz (2008), existem aquelas que antecedem à vigência do contrato, inseridas na forma de cláusulas, como as resolutivas, as quais desobrigam os contratantes, mas não existe uma sistematização para o estudo das formas de extinção dos contratos no que se refere a sua classificação, delimitação e todos os fatores que possam dar fim a essa relação.

Os artigos 475 e 476 do Código Civil definem as regras para os casos de exceção dos contratos não cumpridos.

Ainda segundo Diniz (2008, p. 169) “são várias as causas que podem dar azo à extinção do vínculo contratual a exemplo daquelas em que devem ser

realizados, cuja morte de um dos contratantes importa na dissolução do vínculo, em face da impossibilidade de transmissão das obrigações aos seus herdeiros, regra esta, no campo da excepcionalidade, dentro da teoria geral dos contratos”.

Apesar da definição acima, Diniz (2008) destaca que não existe uma teoria que ponha termo à confusão reinante sobre a extinção de uma relação contratual.

Sobre a problemática Diniz (2008, p. 145) esclarece:

A falta de sistematização, a excessiva preocupação com minúcias inconsequentes, as divergências terminológicas apresentadas na legislação e na doutrina, e as vacilações nos conceitos e classificações dificultaram o estudo dos modos extintivos do contrato quanto à delimitação e classificação de todos os fatores suscetíveis de, num dado momento, porem fim a uma relação contratual.

Cabe ao contratante tomar as medidas que garanta o cumprimento do contrato, sobretudo no que diz respeito ao que está posto no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil¹.

3.3 Classificação dos contratos

Analizada a questão conceitual, segue a classificação por ser esta de fundamental importância ao estudo da matéria contrato.

3.3.1 Contratos bilaterais e unilaterais

A classificação dos contratos em bilaterais ou unilaterais não está baseada na construção do contrato propriamente dito já que este sempre se baseia em negócio jurídico bilateral, pois nasce do acordo de vontades e pressupõe a participação de duas partes interessadas. A classificação em contratos bilaterais ou unilaterais está formada em torno da obrigação dos contratantes.

Para Coelho (2008), existem contratos em que os dois pólos da relação se obrigam. É o caso do contrato de compra e Venda, onde um dos contratantes compromete-se a pagar quantia certa a outra parte, que por sua vez compromete-se a transferir o domínio da propriedade ao primeiro. Um exemplo de contratos em que apenas um dos polos se obriga é o caso do contrato de mútuo, onde o mutuário deve restituir o bem mutuado ao mutuante, que, por sua vez, não é devedor de

¹ Artigo 473, parágrafo único: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só traduzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

nenhuma obrigação.

Sobre o tema Coelho (2008, p. 23) esclarece:

Os contratos são, quanto à sua formação, sempre atos bilaterais, porque pressupõem a convergência de vontade pelo menos duas pessoas. Em relação às obrigações contraídas pelas partes, dividem-se em bilaterais e unilaterais. No primeiro grupo, estão os contratos em que ambos os contratantes se obrigam (compra e venda); no segundo, apenas um deles tem obrigações perante o outro (mútuo).

Para Diniz (2008), poderão ser classificados como contratos unilaterais, se um só dos contratantes assumir obrigações em face do outro, de tal sorte que os efeitos são ativos de um lado e passivos do outro. Já os contratos bilaterais, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro.

Como se observa a doutrina é una ao entender como bilaterais os contratos que geram obrigações recíprocas e unilaterais os contratos que geram obrigações somente de uma parte para com a outra.

3.3.2 Contratos consensuais, reais ou solenes

Originário do princípio do consensualismo, pois regra-se no encontro de vontade de dois ou mais sujeitos de direito para sua formação, ou seja, os contratos são consensuais quando constituídos pela simples manifestação da vontade dos contratantes.

Para Diniz (2008, p. 92), “os contratos consensuais ou não-solenes são os que se perfazem pela simples anuência das partes, sem necessidade de outro ato”.

Segundo Gonçalves (2009), o contrato é consensual, tendo em vista que se aperfeiçoa com o acordo de vontades, gerando um direito de crédito ou pessoal. Ainda sobre as características do contrato, o autor esclarece:

É ainda, não solene porque a forma é livre, ou seja, não lhe é essencial, somente sendo exigida em casos especiais. Pode, assim, ser celebrado por escrito ou verbalmente. No entanto, para se convencionar uma garantia, como fiança, por exemplo, o contrato deve obrigatoriamente ser escrito. (GONÇALVES, 2009, p. 286)

Sobre o tema Azevedo (2004, p. 95) esclarece: São consensuais os contratos que se realizam pelo só consentimento das partes interessadas, classe em que enquadra a quase totalidade das avenças.

Serão reais aqueles contratos que firmarem como obrigação a entrega da coisa. Segundo Diniz (2008), contratos reais são aqueles que findam com a

entrega da coisa, de um contratante a outro.

Assim define Azevedo (2004, p. 95) sobre o tema: Os contratos são reais, quando houver necessidade, para a sua existência, da entrega (tradição) do objeto da prestação, que neles se insere. Daí, a palavra real, que provém de res, rei, do latim, que significa coisa.

Serão solenes ou também chamados de formais, os contratos que se formam pela emissão de um documento.

Sobre o tema Coelho (2008, p. 24) esclarece:

Os contratos que se formam exclusivamente pela manifestação de vontade das partes são consensuais (compra e venda). Aqueles que dependem, além disso, da entrega de coisa de uma parte para outra são os contratos reais (mútuo). Os que só se constituem após a instrumentalização de acordo com a lei são os solenes.

Para Diniz (2008), os contratos solenes ou formais consistem naqueles para os quais a lei prescreve, para sua celebração, forma especial que lhe dará existência, de tal sorte que, se for levado a efeito sem a observância da forma legal, não terá validade.

Conforme a doutrina apresentada são os contratos que se formam exclusivamente pela manifestação de vontade das partes. Os contratos que depende da entrega de coisa de uma parte para outra são os contratos reais. Já os contratos que somente se constituem com a normatização legal são os contratos solenes.

3.3.3 Contratos comutativos ou aleatórios

Contratos comutativos, ou pré-estimados, são aqueles em que as partes sabem o que receberão por conta do contrato firmado.

Para Diniz (2008) o contrato comutativo, é aquele em que as partes recebem prestações equivalentes, ou seja, os contratantes se obrigam a dar ou fazer algo que é equivalente àquilo que lhe dão ou lhe fazem. Já o contrato aleatório é aquele que a prestação de uma ou de ambas as partes depende de incerteza, ou seja, não se pode antecipar sua prestação.

Segundo Gonçalves (2009), contrato comutativo são aqueles que não envolvem risco, ou seja, as prestações recíprocas são certas e não aleatórias.

Para Coelho (2008), na maioria das vezes, a execução do contrato pode ser antecipada pelos contraentes, exemplo é o representante comercial que

recebe um percentual por suas vendas. Da mesma forma que o representante sabe qual valor receberá por conta de suas vendas, o representado sabe qual valor deverá pagar.

Segundo o autor, este é um exemplo de contrato comutativo, ou seja, as partes convencionam antecipadamente como será a execução do contrato.

Na mesma linha de definição, o autor exemplifica o contrato aleatório no contrato de jogo ou aposta, pois nestes casos as partes não sabem se vão ganhar ou perder.

Sobre o tema Coelho (2008, p.25) esclarece:

Contratos comutativos opõem-se aos aleatórios: naqueles, os contratantes podem antecipar como será a execução do contrato (compra e venda), enquanto nestes, em razão da álea característica do objeto contratado, tal antecipação é impossível (jogo ou aposta).

Outra definição para o tema é dada por Azevedo (2004, p. 90): Nos contratos comutativos, existe equivalência de prestações, ou seja, as partes contratantes, logo ao nascer do contrato, sabem o que vão ganhar e o que vão perder, têm a previsibilidade de seus interesses contratuais.

Para a doutrina os contratos comutativos se opõem aos contratos aleatórios, apesar de serem onerosos e bilaterais, pois nos contratos comutativos as partes sabem o que receberão em contrapartida de sua prestação contratual, diferentemente dos contratos aleatórios em que as prestações contratuais não podem ser previstas, ou seja, as partes podem ganhar ou perder.

3.3.4 Contratos típicos ou atípicos

Segundo Coelho (2004), os direitos e deveres dos contratantes podem estar referenciados de modo específico na lei ou não. Se houver essa referência legal, diz-se que o contrato é típico, não havendo é atípico.

Ainda sobre o tema Coelho (2008, p. 26) afirma:

Os contratos típicos são disciplinados na lei (compra e venda); atípicos, os não disciplinados (distribuição-intermediação). Não basta à tipicidade do contrato mera referência em dispositivo legal, como no caso da franquia ou do fomento mercantil, que são contratos atípicos. É necessário que a ordem positiva regule os direitos e as obrigações dos contratantes (de forma cogente ou supletiva), para revestir o contrato de tipicidade.

Para Azevedo (2004, p. 82), “o contrato de compra e venda, o de troca, o de doação, o de locação, o de empréstimo, o de depósito, o de mandato, entre outras figuras contratuais, todos eles são contratos típicos, pois se encontram

regulamentados em lei”.

Com base na doutrina, o que define a classificação do contrato em típico e atípico é existência ou não de norma legal que regule os direitos e obrigações dos contratantes. Nesse sentido temos o contrato de locação de imóvel² como exemplo de contrato típico e o leasing como exemplo de contrato atípico.

3. CONTRATO BUILT-TO-SUIT

3.1 Conceituação

Fixada as noções gerais sobre a teoria locatícia e dos contratos atípicos, foca-se o olhar especificamente no tema em estudo. Num primeiro momento, incumbe tratar da definição ou conceituação que tem sido atribuída ao *Built-to-suit* (BTS).² Para tanto, recorre-se a literatura de autores que trataram mais recentemente sobre o tema, até mesmo, porque o instituto é extremamente recente no cenário nacional. Por derradeiro, vale-se do PL 60/2012 que resultou na Lei nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012.

Ivanildo Figueiredo (2010, p.134) ao abordar o BTS ensina que esse “(...) é uma modalidade de contrato imobiliário em que o investidor adquire um terreno, e contrata uma empresa incorporadora para realizar a edificação, a pedido de uma outra parte, que tem interesse na locação, e não na compra do prédio”.

Nessa definição, observa-se de plano que o objetivo do contratante não é a aquisição da propriedade, mas tão só o uso da coisa construída. Depreende-se, igualmente, que o contratado – investidor – obriga-se a aquisição e construção de um imóvel. Também, está presente na referida definição que o contratado empreende seu recurso na compra e construção de um imóvel em razão da encomenda do contratante. Outra característica presente na definição, é que o contratado adquire o terreno, mas contrata um terceiro para construir o imóvel. No entanto, como se notará mais adiante, dentre outras características, é comum o próprio contratado fazer tudo – compra do terreno e construção do imóvel encomendado.

Gasparetto (2009, p.31) ensina em seu livro que a expressão BTS é utilizada “(...) para identificar os negócios imobiliários em que empresas de setores diversos reduzem sua exposição de capital em imóveis próprios, passando a alugar instalações projetadas sob medida para atender suas necessidades operacionais”.

² Nesse trabalho, quando se utilizar o termo em inglês, será usada a sigla BTS, assim, fica por conta do leitor o uso da expressão *built* ou *build*.

Nesse ponto, o referido autor, ressalta o aspecto que em regra motiva o contratante a buscar essa modalidade de operação. O contratante transfere para o contratado o ônus de aquisição de um terreno e a construção de um imóvel sob medida, que atenda as suas necessidades. Assim, por meio do BTS, o contratante consegue um imóvel personalizado e resguarda capital para investir em sua própria atividade.

Gasparetto, ainda ressalta outros aspectos do BTS ao abordar sob a ótica das obrigações do contratado. Veja-se.

Trata-se de um negócio jurídico por meio do qual uma empresa contrata a outra, usualmente do ramo imobiliário ou de construção, para identificar um terreno e nele construir uma unidade comercial ou industrial que atenda às exigências específicas da empresa contratante, tanto no que diz respeito à localização, como no que tange às características físicas da unidade a ser construída.

Como visto, no BTS o contratado obriga-se a identificar um terreno que satisfaça as exigências topográficas e estruturais da contratante. Outrossim, obriga-se a construir a unidade comercial ou industrial de acordo com as características contratadas. Essas obrigações foram apresentadas na 10ª Conferencia Internacional da LARES³ como “(...) a fase que envolve a compra do terreno, o desenvolvimento do projeto e a construção do imóvel, (...)”. Poder-se-ia dizer que nesta fase há uma proximidade com elementos dos contratos de empreitada.⁴

Ressalta-se, portanto, que no BTS também estão presentes elementos do típico contrato de empreitada. Nesse sentido, Ivanildo Figueiredo ensina que: “O contrato BTS é um misto de contrato de empreitada, referente às condições de construção do edifício, com locação sob regime especial ou atípico, (...)” (FIGUEIREDO, 2010, p.134).

Na mesma pauta, Cristiano de Souza Zanetti dispõe que: “Por força do contrato *Built-to-suit*, dada pessoa se obriga a levar a efeito certa construção, conforme determinadas especificações e, em seguida, conferir o direito de uso e fruição ao outro contratante, contra o pagamento de determinado valor.” (...)” (ZANETTI, 2011, p.80).

Aqui, pode ser dito, que o referido autor destacou o elemento de cessão do uso e gozo do imóvel, característico nos contratos de locação de coisa.

³ em:<<http://lares.org.br/sobra-a-lares/>>

⁴ Artigos 620 a 626 do Código Civil de 2002.

Zanetti (2011, p.80) acrescenta outra característica de relevante importância a ser considerada na conceituação do instituto, a saber, reformas complexas de imóveis. Veja-se: “O *Built-to-suit* também é empregado para reformas complexas, especialmente destinadas a promover a atualização tecnológica de suas especificações técnicas”. Na sequência comenta que: “No mercado essa operação é conhecida como *retrofit*.”⁵ Cabe ressaltar que o *retrofit*, singularmente considerado, não se confunde com o BTS. O que se quer chamar a atenção é que na operação BTS, ao invés de se construir totalmente um imóvel, também, é possível se contratar, por esta via, uma “substancial reforma”.

No *caput* do artigo 54-A da Lei nº 8.245/1991 com redação dada pela Lei nº 12.744 de 19 de Dezembro de 2012, está disposto o seguinte:

Art. 54–A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente a locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas na Lei.⁶

Observe que, na redação supracitada, ao tratar da locação nas operações BTS o enunciado proposto fixou os seguintes caracteres: a) Espécie do gênero locação de imóvel urbano não residencial; b) As partes contratantes são denominadas de locador e locatário; c) O locador obriga-se a proceder à prévia aquisição, construção ou substancial reforma do imóvel objeto da locação; d) O locador pode realizar diretamente ou por terceiro a construção ou substancial reforma do imóvel objeto da locação; e) O imóvel é especificado pelo pretendente a locação; f) prevalência das disposições fixadas com base na liberdade contratual; g) prevalência das disposições procedimentais previstas na Lei do Inquilinato.

Contudo, não se pode perder de vista outro fator: “(...) não existe uma maneira única de se realizarem essas operações (...)” O BTS via locação representa uma das formas de se estruturar essa operação econômica. (GASPARETTO, 2009, p.70).

⁵ Retrofit é um termo utilizado principalmente em engenharia para designar o processo de modernização de algum equipamento já considerado ultrapassado ou fora de norma. Revitalizar e atualizar as construções para aumentar a vida útil do imóvel, através da incorporação de modernas tecnologias e materiais de qualidade avançada, é fundamental para reconquistar a valorização da unidade. (Disponível em: <<http://www.pergunteaoengenheiro.com.br/novos-materiais/88-retrofit-oque-e.html>>)

⁶ CONGRESSO NACIONAL. Senado. PL 60/2012 de iniciativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/118705.pdf>>

De acordo com Gasparetto (2009, p.38): “(...) ultimamente o mercado imobiliário também tem procurado efetuar esse tipo de operação por meio da concessão do direito real de superfície (...)”. Isso porque, o direito real de superfície afasta os problemas “de questionamento quanto ao valor correto da cláusula penal compensatória no caso de desocupação voluntária e o direito da revisional locatícia”. Em outras palavras, os problemas de incompatibilidade da legislação inquilinária eram contornados mediante o uso de outro instituto.

Rodrigo Ruete Gasparetto (2009, p.39), ao explicar como a operação BTS ocorre, via direito real de superfície, dispõe o que segue:

Na operação built to suit via concessão do direito real de superfície, uma empresa interessada em utilizar uma edificação adequada às suas necessidades torna-se titular do direito real de uso do terreno correspondente, por prazo determinado e mediante preço certo, pagável em prestações, contratando, paralelamente, a construção do mencionado prédio.

Nesse caso, a relação contratual de base não será a locação, mas, a concessão do direito real de superfície. Aqui, o BTS se estrutura, via direito real de superfície. O contratante é quem adquire o direito real de superfície, e deverá pagar as prestações pelo uso da coisa, comumente denominadas de cânon superficiário. A construção do prédio, a ser locado, será contratada paralelamente e ao final do contrato, se as partes não convencionaram indenização, a construção ficará para o proprietário.

Luiz Antonio Scavone Junior (2012, p.975), como adiante se observa, também reconhece a existência do BTS via direito real de superfície.

Por fim, desde que o próprio contratante se disponha a construir no terreno, nos parece que a intenção espelhada no pacto “built-to-suit” pode ser traduzida com vantagens na concessão do direito real de superfície, prevista nos arts. 1.369 a 1.371, do Código Civil. Nesse caso, o contratante terá direito real e não se submeterá, por exemplo, ao contrato de locação.

Portanto, a operação econômica BTS se estrutura tanto via contrato de locação, como direito real de superfície.

Decorre daí, conseqüentemente, que o BTS é fenômeno jurídico que extrapola o conceito formulado no âmbito de sua manifestação locatícia. Diferentemente da locação à concessão de direito real de superfície é direito real identificado por outros caracteres. Poder-se-ia enumerar diversas outras diferenças entre os dois institutos, mas o que se pretende demonstrar aqui é que não é

razoável reduzir o conceito da operação BTS apenas a sua expressão locatícia. Portanto, a ideia aqui trazida, serve-se, tão somente, a expressão fenomenológica do BTS via contrato de locação de imóvel urbano.

Com efeito, parece razoável dizer que a definição legal introduzida na Lei Inquilinária pela Lei nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012, artigo 54-A, expressa bem o BTS via locação, ou seja, “a locação nos contratos de construção ajustada”. Assim, a locação nos contratos de construção ajustada é uma locação não residencial de imóvel urbano, na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente a locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado.

4.1.1 O Nome Jurídico do Instituto Contratual

Após a conceituação do BTS incumbe aprofundar certas particularidades relativamente ao seu nome. O PL de iniciativa da Câmara dos Deputados, registrado no Senado Federal sob o nº 60/2012, o qual deu origem a Lei nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012, atribuiu ao BTS, via locação, o nome de “Locação nos contratos de construção ajustada”. Por outro lado, ficou demonstrado que, na prática, a operação econômica BTS não se estrutura somente a partir do instituto contratual da locação, mas, também, via direito real de superfície. Com efeito, importa olhar mais de perto a questão do nomen iuris do BTS.

Ao escrever sobre o nome do BTS Gasparetto (2009, p.28), comentou que “(...) no mercado brasileiro essas operações não têm, ainda, denominação específica, sendo que a expressão mais utilizada é *built to suit*, isto é, o verbo construir (em inglês) (...)”. Com uma diferença de conjugação, pois de acordo com o referido autor, no Brasil usa-se a expressão “(...) no tempo passado e não *build to suit* como é utilizado no mercado americano”.

As várias traduções atribuídas à referida expressão inglesa passa pelas seguintes ideias: construção sob encomenda, construir sob medida, construir para servir, etc. Em português *build* significaria literalmente “construir” e *to suit* “para servir” (VERONESI, 2012).

De acordo com Ivanildo Figueiredo (2011, p.134), “a expressão *suit*, em inglês, designa, exatamente, uma roupa ou terno feito sob medida”. Cristiano de Souza Zanetti (2011, p.80) destaca que: “O nome do contrato decorre da

prerrogativa conferida ao ocupante de indicar as características da construção que terá lugar no imóvel”. Contudo, o BTS não é apenas um contrato em que se encomenda a construção de um imóvel. O BTS extrapola essas fronteiras, uma vez que traz em sua estrutura outras relações contratuais. No contrato de empreitada, também, se encomenda uma construção. Então, falar em BTS, não significa apenas dizer que há a encomenda de uma construção.

O PL de iniciativa da Câmara dos Deputados de n.º 6.562-B de 2009 que resultou na Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012 nomeou o BTS, na modalidade locação, como: “Locação nos contratos de construção ajustada”.

A epígrafe da Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012 tem o seguinte teor:

“Altera a redação do art. 4º e acrescenta o art. 54-A à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, a fim de tratar da locação nos contratos de construção ajustada.” (BRASIL, 2012)

No Parecer do Relator nº 2 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), apresentado pelo Deputado Ricardo Berzoini (PT-SP), ficou consignado na motivação de seu voto, o seguinte:

O direito é dinâmico e deve mudar conforme se modifica a vida social e suas exigências. Como tais contratos *built to suit* são cada vez mais frequentes, é forçoso que a lei os ampare e garanta seu cumprimento. **Também se impõe que nossa lei dê uma denominação nacional ao novo instituto, razão pela qual propomos a denominação contrato de construção ajustada.**⁷

Sem deixar de reconhecer os méritos da denominação, parece que o melhor seria usar o termo “contrato de construção personalizada” ao invés de “ajustada”. As razões são simples e singelas. Explica-se:

A uma, porque o termo *suit*, no caso do BTS, como explicado anteriormente, traz consigo a ideia de algo feito sob medida, como um terno encomendado ao alfaiate. A duas, porque a expressão ajustada tem conteúdo semântico bem elástico. Não raro, se ouve falar que as partes ajustaram um novo valor para o aluguel. Nesse sentido, está se falando do acordo de vontades, o que cabe em toda e qualquer modalidade contratual. No contrato de empreitada, também

⁷ BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS: Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Dê-se nova redação ao art. 1º do projeto, quando faz menção à Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991, para a inclusão do seguinte art. 54-A: Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Relato: Deputado Ricardo Bezoini. Emenda nº 1 de 30/08/2011. Diário da Câmara dos Deputados, Publicação: 26/04/2012, p. 14247.

se ajusta a construção de um imóvel. Portanto, o termo ajustar é muito elástico. A três, porque é comum nos contratos de BTS, se estipular que tal avença é celebrada *intuito personae*.

A razão é clara, porque falar em BTS é falar na contratação de uma construção personalizada. E, pensar em algo personalizado é expressar o sentido de que feito especialmente para servir a uma pessoa. Portanto, a partir dessas razões, melhor seria traduzir a expressão BTS “contrato de construção personalizada”. Com efeito, na modalidade locação sealaria em “**locação nos contratos de construção personalizada**”.

Relativamente ao nome, outro ponto a ser considerado é o seguinte: Como anteriormente foi exposto, ao se conceituar o BTS ficou claro que esse tipo de operação econômica não se apresenta somente via locação, mas também mediante concessão de direito real de superfície. Então, é razoável concluir que o nome “**locação nos contratos de construção ajustada**” apenas capta uma das formas que o BTS se apresenta no mercado imobiliário.

Embora, não explicitamente, mas parece que o nome atribuído no PL levou em consideração a diversidade estrutural do BTS, pois ao dizer “locação nos (...)” reconhece que a relação locatícia apenas faz parte de uma composição maior. Essa percepção é reforçada pelas justificativas contidas na redação original do PL 6562/2009. Nessa hipótese, a locação foi chamada de relação incidental ao BTS. Destaca-se o referido trecho:

Não obstante referida atipicidade, **a circunstância de o contrato *built-tosuit* trazer em seu bojo uma relação locatícia incidental** tem amparado a compreensão de que a Lei do Inquilinato, Lei n.º 8.245, de 1991, teria aplicabilidade sobre esse instituto.⁸

E, como já exposto anteriormente, essa composição pode se rearranjar de outras maneiras. Ou seja, o “contrato de construção ajustada”, também, é capaz de se estruturar a outras espécies contratuais, como de fato o faz com a concessão de direito real de superfície. Assim, poderia existir também o BTS como a “concessão de direito real de superfície nos contratos de construção ajustada”.

Se a doutrina criará dois nomes, ou tentará formular apenas um que

⁸ Projeto de Lei nº 6562/2009. Redação Original. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DFA9A1E6A84461110166CF529155A562.node2?codteor=723215&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>

capte o fenômeno em sua totalidade, ainda não se sabe. Ou, será que o nome BTS continuará a ser usado para se referir à operação e ao negócio jurídico indistintamente, quer seja como locação ou direito real de superfície? O que se tem no momento é a nomenclatura atribuída pela Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012, “Locação nos contratos de construção ajustada”.

O legislador acertou ou será que: “O melhor seria compreender os tempos novos e não falar sempre em ‘contrato de locação’ para todos os casos de uso remunerado de prédio”. (PACHECO, 2000, p.138)

Essas questões serão respondidas ao longo do tempo, pois o BTS, sob a ótica jurídica, ainda é muito recente e precisa de maturação. Por ora, o que se tem na prática do mercado é um nome importado (BTS) e no âmbito legislativo (Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012) a atribuição de um nome que identifica a presença de uma relação locatícia na prática dessa modalidade contratual.

3.2 O BUILT-TO-SUIT Em Relação À Securitização Imobiliária

A importância dessa seção se justifica na medida em que é necessário compreender que o BTS, mais do que um contrato, constitui-se base para a securitização de créditos imobiliários.

Como Enzo Roppo (2008, p.9), ensina o contrato-conceito jurídico instrumentaliza o contrato-operação jurídica. Transcreve-se trecho da obra “O Contrato” do referido autor no qual é tratado da referida relação.

Mas se isso é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) com o fim em si mesmo, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir. (Neste sentido, como já se referiu, o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica). (ROPPO, 2008, p.9)

Com isso, para ampliar a compreensão sobre o BTS julga-se importante abordar, ainda que superficialmente, outra operação ao qual este se estrutura, a saber, a securitização imobiliária.

A Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997 (Lei nº 9.514/1997) que instituiu o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) teve como “(...) finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos”.⁹

De acordo com Fernando Pinho da Rocha (2011, p.99):

O Sistema Financeiro Imobiliário foi criado em 1997 pela Lei 9.514 para que se possibilite a introdução de **novos instrumentos de captação de recursos** e a criação de um mercado capaz de dar maior liquidez aos créditos imobiliários, com base no sucesso do **mercado de crédito americano**.

Dentre esses novos **mecanismos de captação de recursos**, encontra-se no artigo 6º e 7º da Lei nº 9.514/1997 ¹⁶⁶ o Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI) e no artigo 8º a Securitização de Créditos Imobiliários (SCI). Conforme o próprio artigo 6º define o “CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro”. Outrossim, “O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras”. Por isso, o artigo 8º da referida Lei dispõe que a securitização de crédito imobiliário “(..) é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora (...)”.¹⁰

O anuário de 2011 da UQBAR, sobre Securitização e Financiamento Imobiliário, ao falar acerca da origem dos créditos imobiliários que lastreiam a emissão dos CRI, entre outras fontes, aponta o BTS.¹¹

Essa relação do BTS com a securitização de créditos imobiliários é denominada no Dicionário de Finanças da UQBAR como “**Estrutura Built to Suit**”.

A seguir, transcreve-se a definição:

Estrutura de operação de securitização imobiliária na qual os créditos que lastreiam a emissão dos títulos são provenientes de um contrato

⁹ Art. 1º O Sistema de Financiamento Imobiliário -SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos.

¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado. Lei nº 9514, de 20/11/1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Legislação Federal do Brasil. Brasília, DF, 1997.

¹¹ UQBAR. Anuário 2011: Securitização e Financiamento Imobiliário, p. 55. Disponível em: <http://www.uqbar.com.br/download/Uqbar_Anuario_Imobiliario_2011.pdf>

“build-to-suit” entre uma construtora ou incorporadora e uma ou mais empresas de um mesmo grupo econômico. Nestas operações, uma empresa que busca financiamento para aquisição e construção de uma nova propriedade contrata um terceiro, geralmente uma sociedade de propósito específico (SPE) ou fundo de investimento imobiliário (FII), para: □ comprar o terreno; □ definir um projeto que atenda às necessidades do inquilino; □ desenvolver e construir o prédio; e □ alugar o prédio para a própria empresa, de acordo com termos e condições previamente definidos. Estes contratos geram, portanto, recebíveis à SPE/FII, decorrentes dos pagamentos de aluguel pela empresa (que passa a ser inquilina da SPE/FII), os quais são vendidos para a Securitizadora Imobiliária, que financia esta aquisição com a emissão de títulos lastreados nestes créditos. Reforços de crédito nestas estruturas podem incluir: alienação fiduciária ou hipoteca do terreno e garantias cobrindo os riscos de desempenho da construtora ou incorporadora. A documentação geralmente restringe o endividamento da SPE e mudanças nos estatutos sociais da empresa ou no regulamento do fundo. O inquilino também pode ter uma opção de compra da propriedade a um preço pré-determinado no final do prazo do contrato de aluguel. Esta estrutura é utilizada quando os tomadores dos recursos são pessoas jurídicas, que buscam financiar suas necessidades imobiliárias corporativas.

12

A partir dessas premissas, percebe-se que o BTS é uma forma de investimento, que se estrutura, a partir de instrumentos de captação de recursos previstos na Lei nº 9.514/1997, e movimenta o mercado imobiliário e financeiro.

Gasparetto (2009, P.27) em seu livro sobre o BTS já comentava que o BTS “(...) nada mais é do que uma nova modalidade de investimento que surgiu com o intuito de dinamizar o mercado imobiliário.” De sorte que, ao se falar em BTS, é necessário considerá-lo em suas várias estruturas e dimensões, mas, para o presente trabalho, o que se objetiva é sua perspectiva locatícia, a qual se constitui uma das bases para a securitização dos referidos créditos imobiliários.

O Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012, ao regular no §3º, do art. 54-A (art. 3º do PL nº 60/2012) a possibilidade da cessão dos referidos créditos imobiliários, considerou a securitização desses créditos.

§ 3º Desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador com terceiros, na forma dos arts. 286 a 298 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo

¹² UQBAR. Dicionário de Finanças. Estrutura Build to Suit. Disponível em: <http://manual.uqbar.com.br/portal/Manual/default/Content?action=2&uri=%2FManual%2FE%2Festrutura_build_to_suit.html>

respectivo adimplemento.¹³

A presidência, a fim de garantir maior liberdade à referida operação de cessão dos créditos, vetou o referido §3º sob as seguintes razões: Ao exigir que o contrato seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto. Ademais, a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente.¹⁴

Em outras palavras, é possível ceder os créditos imobiliários decorrentes das “locações nos contratos de construção ajustada”, (condição necessária para a securitização dos créditos imobiliários) nos termos da legislação vigente, sem, necessariamente, levar ao Registro de Títulos e Documentos o referido contrato.

3.3 Relação Locatícia No Built-To-Suit E Sua Natureza Jurídica

4.3.1 O *Built-to-suit*, Locação de Imóvel Urbano ou Nova Espécie Contratual

Como exposto, em tópicos anteriormente desenvolvidos, o BTS, como fenômeno jurídico, vale-se do instituto contratual da locação de imóveis urbanos a fim de instrumentalizar a operação econômica no mercado imobiliário. Contudo, a pergunta que se segue é: Independentemente de sua tipicidade ou atipicidade, o BTS é ou não um contrato de locação?

Vimos que para dizer se um contrato é de locação de coisa basta preencher as características e elementos essenciais a sua constituição. Em outras palavras, contrato de locação de imóvel urbano, segundo Maria Helena Diniz (2006, p.3), é:

O contrato pelo qual uma das partes (locador), mediante remuneração paga pela outra (locatária), se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, determinado ou não, o uso e gozo de imóvel destinado à habitação, temporada ou à atividade empresarial.

¹³ BRASIL. Presidência da República. Projeto de Lei da Câmara nº 60/2012: Redação Final Revisada. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=118029&tp=1>>

¹⁴ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 580, de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-580.htm>

Portanto, é característico das locações de imóveis urbanos uma: a) cessão temporária por prazo determinado ou indeterminado do uso e gozo do prédio, sem transferência de sua propriedade, porque locação cede uso e gozo da coisa, mas não seu domínio; b) remuneração proporcional ao tempo de uso e gozo da coisa locada, pois o aluguel remunera só o uso, os demais valores compreendidos no locativo mensal são chamados de encargos; c) contratualidade, uma vez que a locação é negócio jurídico contratual, e em tal qualidade traz em sua estrutura os seus respectivos caracteres; c.1) bilateralidade, quer seja na formação do contrato, em que deve haver confluência de vontade das partes (ainda que tácita ou verbal), como nos efeitos jurídicos geradores de direitos e deveres entre o locador e locatário (sinalagma); c.2) comutatividade, pois as vantagens recíprocas são conhecidas e equivalentes desde o início da contratação; c.3) disposição consensual, uma vez que não depende de forma especial para sua celebração, bastando para tanto o consentimento expresso ou tácito; c.4) execução continuada, pois apesar de ocorrer soluções periódicas e sucessivas (locativos mensais) a relação contratual subsiste até a sua extinção em razão de alguma das causas legais; d) presença das partes intervenientes, ou seja, locador e locatário (DINIZ, 2006, p.3-4).

Ademais, para se configurar locação de imóvel urbano, a coisa locada precisa ser na acepção jurídica do termo “imóvel urbano”, salvo àqueles expressamente excetuados pela Lei nº 8.245/1991. Esse tema já foi objeto de estudo em tópicos anteriores, onde foi exposto que o termo “imóvel”, no contexto da Lei do Inquilinato, compreende terreno construído ou não e, a expressão “urbana” se configura pelo critério da destinação.

Sumariamente, considera-se locação àquela que se enquadre na definição legal trazida pelo artigo 565 do Código Civil de 2002: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

Relativamente ao BTS, há quem entenda não se tratar de uma locação de imóvel urbano e também aqueles que veem no instituto uma relação locatícia.

Ao lado da posição, como nova modalidade contratual diversa da locação tem-se Cristiano de Souza Zanetti. Em síntese, Zanetti (2011, p.89) entende que “*Build to suit* e locação respondem a exigências diversas, embora semelhantes. São, portanto, contratos distintos”.

Para Zanetti (2011, p.57) é necessário levar em consideração a finalidade e as prestações essenciais dos contratos, a fim de se identificar sua natureza jurídica. Para ele, as principais prestações da locação se caracterizariam, de um lado, pela cessão de uso e gozo da coisa e, de outro, pela remuneração do uso e gozo da coisa. Já o BTS, por outro lado, se destacaria pela prestação de construção de um imóvel com características específicas, para ceder seu uso e gozo ao contratante e, ademais, o contratante remunera o contratado pela construção e pelo uso e gozo por um prazo determinado.

O *build to suit*, por sua vez, tem por escopo trocar a construção de determinada obra, seguida pela cessão de seu uso e fruição, por certa remuneração. A construção não é uma prestação e secundária importância. Muito ao contrário, sua devida execução é imprescindível para que seja atingido o objetivo perseguido pelas partes. Nunca é demais salientar que o modelo foi criado para atender às necessidades especialíssimas de certos ocupantes. A observação das características pactuadas é essencial, portanto, para que o negócio tenha êxito. Não se trata apenas de construir para alugar, mas sim de construir segundo parâmetros muito particulares, para atender às exigências de quem os formulou. Não há como dissociar, assim, as prestações. Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas. Tanto isso é verdade que o pagamento devido pelo ocupante se presta a remunerar ambas, sem que seja possível precisar a parte atinente a cada uma delas. A finalidade do negócio é promover o intercâmbio de certa quantia em dinheiro pela construção e subsequente cessão de uso e fruição. A locação persegue a objetivo diverso, pois serve para que as partes troquem certa quantidade de dinheiro pela mera cessão de uso e fruição de determinado bem. (ZANETTI 2011, p.89).

Portanto, para Zanetti o BTS não é um contrato de locação, ainda que encontre semelhanças com este. Em sintonia com esse entendimento encontram-se, igualmente, os ensinamentos de Thiago D'Aurea Cioffi Santoro Biazotti. O caráter atípico do BTS, segundo Biazotti (2009. p.3), impede de classificá-lo nas espécies contratuais conhecidas. Veja-se.

Constatou-se, após a exposição a respeito do contrato de *built-to-suit*, que esse negócio traz peculiaridades que impedem sua classificação, ainda que assemelhada, a qualquer outra espécie contratual, **nem sequer ao contrato de locação**, traduzindo-se, assim, num contrato dito atípico.

Por outro lado, há aqueles que afirmam categoricamente que o BTS não passa de um contrato de locação, como é o caso de Luiz Antonio Scavone Junior (2009, p.8). Em artigo publicado no Boletim do Direito imobiliário (BDI), Scavone inicia a sua análise sobre a natureza do BTS com as seguintes palavras: “Resta saber se o contrato “*built-to-suit*” é ou não um contrato de locação subsumido à Lei do Inquilinato”. E conclui com as seguintes palavras: “O contrato “*built-to-suit*” se resume em contrato de locação de imóvel mediante o qual o locador constrói ou manda construir para atender interesses do locatário”. Portanto, para Scavone o BTS é um contrato de locação e sujeito a Lei nº 8.245/1991.

Como demonstrado, há posição considerando o BTS como contrato de locação, ou como contrato atípico diverso da locação.

O PL de iniciativa da Câmara dos Deputados (6562/2009) registrado no Senado sob o nº 60/2012, que propôs a inserção do BTS na Lei nº 8.245/1991, foi sancionado em 19/12/2012 e publicado em 20/12/2012. O referido PL resultou na Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012, a qual já está vigorando, uma vez que a cláusula de vigência dispôs que iniciaria no ato da publicação.

A partir desse fato, pode-se dizer que, agora, o BTS tem a natureza jurídica de locação de imóvel urbano não residencial? Parece que, o mesmo ocorrido com os contratos de lojas em *shopping center* repete-se com o BTS. Inclusive, essa foi a intenção do Deputado Julio Cesar, autor do projeto de Lei nº 356/2011 de iniciativa da Câmara dos Deputados, o qual foi apensado ao PL nº 6562/2009.

Igualmente, como ocorreu com o caso dos contratos de lojas em *shopping center*, as soluções práticas do legislativo não acabarão por completo com os problemas de interpretação que circunscreve a natureza jurídica do BTS. Aqueles que já defendiam a posição de que o BTS é um contrato de locação terão maiores motivos para defendê-la. Alguns que, se posicionavam no sentido oposto, talvez reconsiderem, mas, outros manterão o entendimento, pois para os dois lados encontram-se razões à semelhança do ocorrido com os contratos de lojas em *shopping center*.

Na época, em que o legislativo inseriu as locações de espaço em *shopping center*, na Lei do Inquilinato, Capanema (1993, p.198), comentou o seguinte: “(...) a nova Lei do Inquilinato sepultou, para sempre, as angustiantes e intermináveis discussões doutrinárias quanto à natureza jurídica do contrato de autorização de uso de espaços em *shopping centers*.” Em seguida Capanema

(p.198), asseverou que: “Certa ou errada, a nova lei espancou as dúvidas e pacificou o dissídio, não deixando margem a qualquer divergência quanto à natureza do contrato que é de locação.

Por outro lado, Maria Helena Diniz (2006, p.243), ao se referir ao mesmo fato, afirmou o que segue: “Locação não é, mas pela qual lei inquilinária, com escopo de resolver certos problemas, ante a omissão legislativa, ficou estabelecido que cairá sob sua égide, em certos casos.”

Apartado dessas questões doutrinárias parece que o desiderato do legislativo foi alcançado, ou seja, resolver os principais problemas de incompatibilidade de dispositivos da Lei nº 8.245/1991 com o BTS.

4.3.2 Contrato *Built-to-suit*, Locação Típica ou Atípica

Prosseguindo no estudo da natureza jurídica do BTS, importa adentrar agora na questão da **tipicidade ou atipicidade** do instituto. No tópico anterior, a controversa cingiu-se em torno da questão da natureza jurídica, ou seja, se o BTS é ou não um contrato de locação. Como se observou, existem aqueles que entendem tratar-se de um contrato de locação, outros se posicionam no sentido de se referir a uma nova modalidade contratual. Embora, a entrada em vigor da Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012 tenha reforçado a posição da natureza locatícia, o mesmo não se pode falar com relação à tipicidade ou atipicidade, uma vez que se pode dizer em contratos de locação típicos e atípicos.

Para se falar em tipicidade ou atipicidade do BTS, é importante trazer à baila as lições de Pedro Pais de Vasconcelos (1995, p.208): “A distinção entre os contratos típicos e atípicos deve ser reservada para os casos em que o contrato tenha, ou não tenha, na lei ou na prática, um **modelo típico de disciplina própria**”. Portanto, é crível dizer em **tipicidade legal ou social**, mas o que determinará a tipicidade ou atipicidade nessas duas esferas é a existência de um modelo típico de disciplina própria.

Vasconcelos (1995, p.210), ainda ensina que: “Para que um contrato seja tido como legalmente típico é necessário que se encontre na lei o **modelo completo da disciplina típica do contrato**”. Outrossim, que: “Este modelo regulativo pode ser **mais ou menos amplo** e até **mais ou menos completo (...)**”. E, encerra a ideia dispondo que “(...) para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é necessário que a regulação legal corresponda pelos menos

aproximadamente ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato”. Com efeito, a partir de Vasconcelos, para o BTS ser considerado legalmente típico teria que possuir um modelo típico de disciplina própria que **“corresponda pelo menos aproximadamente ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato.”**

Se fosse considerar o BTS, como uma espécie de locação de imóvel não residencial típica, a exemplo do que leciona SCAVONE JUNIOR (2009, p.8), então, não restariam dúvidas que já existe um modelo típico de disciplina, mais ou menos completo ou amplo, que corresponde aproximadamente ao tipo social, e é suficientemente completo para dar às partes a disciplina básica do contrato.

Em contrapartida, se considerar o BTS como uma nova modalidade contratual, diversa da locação, ainda que guarde semelhanças com esta, então, ao menos sob a ótica da tipicidade legal, a conclusão seria oposta à obtida no parágrafo anterior.

Sob a perspectiva da tipicidade ou atipicidade social, é possível concluir que no Brasil já exista um modelo típico de disciplina, porque na prática já existe um padrão regulatório completo. O BTS não surgiu aqui no Brasil, mas é figura contratual praticada nos Estados Unidos da América e em países da Europa. Nesses países, o BTS encontra um modelo típico de disciplina própria. Contudo, ao chegar ao Brasil trouxe a experiência da prática internacional. Assim, os desafios no âmbito nacional se referem mais a tipicidade legal do que a social. Como o BTS chegou, recentemente, ao Brasil, o seu modelo típico de disciplina própria se encontra em fase de construção doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Como asseverado, certo é que na prática já existe um modelo socialmente típico de disciplina o qual tem sido adotado nos contratos celebrados. Contudo, não existe apenas um modelo. O BTS se estrutura de várias formas, o que faz surgir modelos diversos de disciplinas. Nesse trabalho, frisa-se, o foco recai sobre o que se estrutura a partir da locação.

Atualmente, encontram-se duas correntes doutrinárias quanto à tipicidade e atipicidade do BTS. Os que sustentam a atipicidade apresentam as diferenças e as incompatibilidades com o regime da locação de imóvel urbana, como razão do posicionamento. De outro lado, os que sustentam a tipicidade apresentam as semelhanças com a locação e afirmam que as incompatibilidades são aparentes. Portanto, os que entendem pela atipicidade ressaltam as diferenças e

incompatibilidades, enquanto os que se posicionam pela tipicidade destacam as semelhanças e apresentam soluções para as incompatibilidades.

Ao lado da posição que afirma ser locação típica, encontra-se o já citado doutrinador Luiz Antônio Scavone Junior. Scavone (2009, p.8) afirma com todas as letras que: “Tratando-se de contrato típico, regulado por lei especial e normas em regra cogentes, as partes não podem afastar a aplicabilidade da Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) ao contrato *built-to-suit*”.

Para Scavone (2009, p.7), as semelhanças entre o BTS, na modalidade locação, com o contrato de locação justificam essa tipificação. Nas seguintes palavras Scavone arrazoa: “Isto porque a locação de imóveis urbanos nada mais é que a cessão temporária de uso de imóvel para fins urbanos mediante pagamento de retribuição denominada aluguel, exatamente o que ocorre no contrato *built-to-suit*”.

Mas, para a maioria da doutrina, não existe a referida identificação entre as duas figuras, mas o BTS apresenta-se como contrato atípico misto. Corroborando essa percepção, Gasparetto (2009, p.174), conclui: “De acordo com a doutrina dominante citada, trata-se de um contrato denominado atípico (...)”. Isso porque, o contratante, como elemento essencial do BTS, não contrata somente o uso e gozo de um imóvel urbano. Quando o contratante do BTS loca o imóvel, o que busca concomitantemente é uma prestação de serviços. Nesse sentido, Gasparetto (2009, p.50), cita trecho de parecer emitido pela CVM, por meio da Procuradoria Geral Federal, em resposta a consulta MEMO/PFE-CVM/GJU-2Nº187/2006, cujo teor se segue: “(...) o contrato *built to suit* tem caráter atípico, reunindo, ao mesmo tempo, características de uma locação e de uma prestação de serviços”. E, prossegue em sua explicação expondo o motivo pelo qual reconhece a presença da prestação de serviços:¹⁵ “porquanto compreende também a seleção, a aquisição e a construção de um imóvel exclusivo, de acordo com as especificações fornecidas pela contratante.”

Em elucidação sobre o respectivo ponto, Cristiano de Souza Zanetti (2011, p.89), explica que se é certo que “(...) o intercambio entre, de um lado, cessão de uso e fruição, e, e outro, o pagamento de certa remuneração é imprescindível à

¹⁵ Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição (BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. sítio eletrônico internet -planalto.gov.br).

configuração da locação”. No entanto, “(...) o *built to suit*, por sua vez, tem por escopo trocar a **construção de determinada obra**, seguida pela **cessão de uso e fruição**, por certa remuneração”. Veja, aqui Zanetti (p.89), ressalta, que a prestação contratada no BTS não se resume a **cessão de uso do imóvel**, mas também a **construção personalíssima do imóvel**. Nas palavras do doutrinador: “Não há como, assim, dissociar as prestações. Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas”. Nas locações de imóvel não se contratada a construção sob medida do prédio a ser locado. Nas locações, o que se contrata é o uso e gozo da coisa, portanto, a encomenda da prestação de construção de um prédio personalizado para ser usado é estranha à locação, mas essencial ao BTS.

Contra argumentando essa distinção Scavone (2009, p.7) diz que “o fato de o locador construir no seu terreno, para atender as necessidades do locatário, de forma alguma afasta a aplicabilidade do cogente dispositivo insculpido no art. 45, da Lei n. 8.254, de 18 de outubro de 1991”. Por outro lado, Zanetti contraporía, ao dizer que: “Não se trata apenas de construir para alugar, mas sim de construir segundo parâmetros muito particulares, para atender às exigências de quem formulou”. Ademais, nessa modalidade contratual é costumeiro se contratar em caráter *intuito personae*¹⁶.

Com relação à remuneração do contratado o mesmo ocorre. Há diferenças entre a remuneração tecnicamente denominada de “aluguel” com a praticada no BTS. O uso a técnico do termo não pode ser base para fundamentação doutrinária atributiva de semelhanças entre realidades diversas.

Já foi explicado anteriormente que, a locação de imóvel urbano se caracteriza pela remuneração, cuja denominação é **aluguel**. Nesse particular, diferencia-se do contrato de comodato. Então, surge a pergunta: o que o aluguel remunera? Na locação de coisa, o que se remunera são o uso e gozo do bem cedido. Corroborando esse entendimento, Maria Helena Diniz (2006, p.92), afirma que “a locação requer que o locatário pague uma remuneração ao locador, pelo uso do imóvel.” Caio Mario (2003, p.278) assevera, outrossim, que o aluguel “é a remuneração que o locatário paga pelo uso da coisa (...)”. Assim, na locação de imóvel urbano o uso e gozo do imóvel cedido é que será remunerado. Portanto, a

¹⁶ “A EMPREENDEDORA não se preocupa com o contrato de locação. Utiliza a linha conceitual do “intuito personae” que, segundo o mesmo, a empresa veio até ele pedir o imóvel que não existe, logo a lei protege a construtora que começou do zero uma obra orçada especialmente pelo pedido da empresa”. (Disponível em: http://www.realestate.pcc.usp.br/arquivos%20PDF/Mono_Fabio_Cilli.pdf)

palavra “aluguel” tem o sentido específico de remuneração pelo uso e gozo da coisa cedida.

Zanetti (2011, p.89), discorrendo sobre este aspecto afirma que: **"Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas. Tanto é verdade que o pagamento devido pelo ocupante se presta a remunerar ambas, sem que seja possível precisar a parte atinente a cada uma delas".**

Gasparetto (2009, p.59), corroborando o mesmo parecer, dispõe que:

"No período de vigência do contrato, o usuário-locatário remunera o empreendedor não apenas pela locação do imóvel, mas também pela prestação de serviços, pois o empreendedor implementou construções no imóvel, a fim de atender às necessidades específicas daquele usuário".

Essa mesma compreensão encontra destaque para Biazotti (2009, p.4), o qual acrescenta que o valor de mercado considerado na fixação do aluguel não referencia com exclusividade a fixação da remuneração no BTS.

A mensuração desta retribuição mensal, que a diferencia do típico aluguel em contratos de locação pura e simples, não leva em consideração apenas o valor de mercado do imóvel e a realidade locatícia da região, em absoluto, e nem poderia ser assim, já que a equação econômica no contrato de built-to-suit não se confunde com a locação. Tal mensuração se dá após uma análise complexa do custo para aquisição do terreno, para realização da construção, para captação de recursos no mercado, e posterior utilização do imóvel e, até mesmo, capacidade de adimplemento da própria retribuição pela sociedade “locatária”.

Dessa forma, a remuneração no BTS, resumidamente, é a contraprestação pelas prestações essenciais do BTS (construção personalizada do imóvel e cessão de uso e gozo do imóvel). No BTS não se contrata apenas uma cessão de uso e gozo da coisa, mas também uma prestação de serviços com elementos da empreitada, que passa pela angariação e aquisição de um terreno e a construção do imóvel, de acordo com as especificações determinadas pela contratante. A parte considerada “locação” no BTS fica suspensa, porque esta é contratada sob condição suspensiva. Somente após o contratado cumprir com suas obrigações quanto à prestação dos serviços, e entregar o imóvel de acordo com o encomendado, pronto para uso, é que se iniciará os efeitos da relação locatícia. Na verdade, não se trata de duas prestações, mas apenas uma que se compõe de vários atos. Nas palavras de Zanetti (2009, p.89): **“Não há como, assim, dissociar**

as prestações. Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas”.

Há também quem enxergue no BTS uma coligação de contratos. Carla Siqueira ao contemplar essa possibilidade ensina que o BTS “(...) é, em verdade, um contrato atípico ou **coligado**”. A razão que Carla Siqueira apresenta é que O BTS “(...) envolve três figuras contratuais, quais sejam, **Incorporação, Empreitada e Locação.**” Embora, ao final de seu texto conclui que o BTS “se resume na seguinte fórmula: **Empreitada + Locação**”. Ivanildo Figueira (2010, p.34), também vê a empreita e a locação como figuras contratuais que, integram ou contribuem, para a formação da operação BTS.

Em contrapartida, com relação à probabilidade de se tratar de uma coligação de contratos, embora Zanetti (2011, p.90), concorde com a atipicidade, não enxerga, porém, a coligação, pelas seguintes razões:

O *build to suit* não se confunde, ademais, com a operação econômica decorrente da mera coligação entre contrato de empreitada e contrato de locação. Nada obsta que as operações sejam contratadas em apartado, com estipulações distintas, sobretudo o prazo e o preço. Não é isso o que ocorre, porém, no contrato *build to suit*. O fato de a contraprestação do ocupante ser única não é acidental. Sua pactuação revela que os pagamentos devidos após o término da construção servem a remunerar tanto a obra, como a cessão temporária do respectivo uso e fruição. A finalidade do negócio é única e são diversas as estipulações que permeiam todo o percurso contratual.

A história do BTS guarda bastante similitude com a dos contratos de lojas em *shopping center*. A maioria das controversas que surgiram, em torno da natureza contratual dos contratos de lojas em *shopping center*, emergem na figura do BTS. Nos contratos de *shopping center* há aqueles que veem um contrato de locação típico, de locação com cláusulas atípicas, atípico misto e coligado.

Assim, para resolver problemas de incompatibilidades e consolidar algumas posições, o legislativo inseriu a figura dos contratos de lojas em *shopping center* no artigo 54 da Lei do Inquilinato. Agora, o mesmo ocorre relativamente ao BTS. O PL de iniciativa da Câmara dos Deputados, registrado no senado sob o nº 60/2012, foi sancionado em 19/12/2012, publicado no dia 20/12/2012, ensejando a vigência da Lei 12.744, de 19 de Dezembro de 2012.

A Lei federal nº 12.744/2012 regulamentou o contrato BTS, via locação, por meio da alteração do artigo 4º da Lei do Inquilinato e a inclusão do artigo 54-A

no mesmo diploma legal. A referida Lei, a fim de resolver os principais problemas em torno do BTS via locação, modificou o artigo 4º e inseriu o artigo 54-da da Lei nº 8.245/1991.

Então surge a pergunta: com essa medida legislativa o BTS tornou-se contrato de locação legalmente típico? De acordo com Vasconcelos (2005, p.210), para o BTS ser considerado legalmente típico teria que possuir um modelo típico de disciplina própria que **“corresponda pelo menos aproximadamente ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato.”**

A impressão que se tem, ao analisar o PL e suas razões, é que as pontuais contribuições legislativas objetivaram resolver tão somente problemas de incompatibilidades entre o BTS e a Lei nº 8.245/1991. Parece razoável afirmar que, a intenção do legislativo não foi criar um padrão legal regulatório específico para o BTS. A principal razão é que o Legislativo, após resolver algumas incompatibilidades entre a Lei nº 8.245/1991 e o BTS, optou por remeter para a esfera da autonomia da vontade a regulamentação da matéria.

O *caput* do artigo 54-A semelhantemente ao artigo 54 da Lei 8.245/1991 propõe a seguinte redação:

Art. 54—A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente a locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, **prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas na Lei.**¹⁷

Por seu turno, o *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.245/1991 traz a seguinte redação: “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”.

Como se observa, foi adotada idêntica solução nos dois casos. Maria Helena Diniz (2006, p.243), ao comentar sobre as diferenças entre a locação e o contrato de *shopping center* deixou consignado sobre sua natureza contratual: “O contrato de *shopping center* é, por tais razões, um contrato atípico” e, prosseguindo em seu arrazoado concluiu: “Locação não é, mas pela atual lei inquilinária, com

¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado. Projeto de Lei nº 60/2012. Texto Remetido à Sanção. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/118705.pdf>>

escopo de resolver certos problemas, ante a omissão legislativa, ficou estabelecido que cairá sob sua égide, em certos casos.”

Com efeito, mesmo com a vigência das referidas inserções e alterações legislativas, semelhantemente aos contratos em lojas de *shopping center*, as controversas em torno da natureza jurídica do BTS não cessarão. Quem sabe a solução ideal estaria nas palavras de José da Silva Pacheco (2000, p.138), o qual, em 1993, já falava sobre a atipicidade contratual na esfera da locação e advertia sobre o conservadorismo diante das mudanças, conforme já citado em tópico anterior.

3.4 Principais Elementos na Estrutura Obrigacional do BUILTTO-SUIT na Modalidade De Locação

Segundo Venosa (2008, p.5), qualquer tentativa de se definir obrigação no sentido do direito das obrigações é passível de crítica. Portanto, para o fim aqui proposto, sem maiores pretensões, senão a de expor os principais elementos constituintes da estrutura obrigacional do BTS, usa-se a seguinte base conceitual: “Mais sinteticamente, podemos conceituar obrigação como uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma prestação à outra (o credor)”.

A partir da definição extraem-se os principais elementos a serem analisados na estrutura obrigacional do BTS na modalidade locação, quais seja: a) os sujeitos que reciprocamente se obrigam; b) o objeto da obrigação e da prestação; c) a relação jurídica e algumas de suas características. Ademais, valem-se do conceito de “obrigações principais e acessórias” a fim de expor as obrigações acessórias que integram o BTS na modalidade locação, quais sejam: cláusula penal e as garantias. Outrossim, vale-se do conceito de “obrigações condicionais” para analisar a relação locatícia nos contratos de BTS, enquanto o imóvel não estiver em condições de ser usado e gozado pela contratante. (VENOSA, 2008, p.116-119)

Portanto, passa-se a discorrer sobre os referidos elementos.

4.4.1 Os Sujeitos que Reciprocamente se Obrigam na Operação *Built-to-suit*

Em princípio, na relação contratual do BTS, podem se obrigar tanto

peças naturais como jurídicas, mas, a regra no mercado é que peças jurídicas contraíam essa modalidade obrigacional. A própria finalidade do BTS encerra atividades atinentes ao setor do comércio e da indústria. Cristiano de Souza Zanetti (2011, p.80), ao tratar do tema, aduz que: “Trata-se de modalidade contratual especialmente projetada para atender às necessidades das indústrias, embora também se registre a celebração do contrato para a construção de escritórios, hotéis e estabelecimentos educacionais”. No mesmo sentido, Ivanildo Figueiredo (2010, p.134), aponta que: “Esse tipo e contrato imobiliário é destinado à construção com finalidade comercial ou industrial, como edifícios comerciais, galpões industriais, fábricas ou centros de distribuição”. Com efeito, embora não haja vedações em sentido contrário, quem contrata, nessas operações, são peças jurídicas.

As peças jurídicas que normalmente lançam mão dessa modalidade contratual são as de direito privado, contudo, também há a possibilidade das peças jurídicas de direito público fazerem uso do BTS. Em 2011 foi apresentado em Florianópolis – SC no Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas (ENAOP), o BTS como uma nova proposta de parceria público-privada¹⁸. Outrossim, em 2009, sob o nº 5.505/2009 foi apresentado na Câmara dos Deputados Projeto de Lei com o fim de inserir essa modalidade de contratação na Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993, a qual institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.¹⁹

Portanto, o BTS pode ser celebrado por peças naturais ou jurídicas, quer sejam de direito público ou privado. Todavia, atualmente, a prevalência tem sido de peças jurídicas de direito privado.

Assim, na qualidade de **contratantes**, em regra, se constata no mercado imobiliário peças jurídicas de direito privado, cuja atividade tem por objeto a indústria e o comércio. Mas, como exposto, em tese, não se pode excluir uso do BTS por outros sujeitos de direito.

Na qualidade de **contratados** também é possível se falar em peças naturais ou jurídicas. Todavia, a prática no mercado demonstrar que construtoras, incorporadoras, Sociedades de Propósito Específico (SPE), Fundos de

¹⁸ SILVA, J. S. “Built-To-Suit”: Uma nova proposta de parceria público-privada. In: Encontro Técnico Nacional de Auditoria De Obras Públicas -Florianópolis -SC, 2011. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/enaop/artigos/parceria_publico-privadaprojeto_built-to-suit.pdf>

¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis nº 5.505 de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=440341/2009>>

Investimentos Imobiliários (FII) são os *players* que figuram nessa modalidade de investimento.

Estrutura de operação de securitização imobiliária na qual os créditos que lastreiam a emissão dos títulos são provenientes de um contrato *build-to-suit* entre uma construtora ou incorporadora e uma ou mais empresas de um mesmo grupo econômico. Nestas operações, uma empresa que busca financiamento para aquisição e construção de uma nova propriedade contrata um terceiro, geralmente uma sociedade de propósito específico (SPE) ou fundo de investimento imobiliário (FII) (...) ²⁰.

Como a operação BTS serve de base para a securitização de créditos imobiliários, via de regra, os empreendedores imobiliários são os que investem nessas operações. Zanetti (2011, p.82), comenta que: “O empreendedor costuma assumir a forma de Sociedade de Propósito Específico, a chamada SPE, a fim de segregar o risco da operação dos demais negócios entabulados pelo grupo econômico a que pertence”.

Portanto, como essas operações envolvem vultosos investimentos, o mercado criado pelo BTS compõe-se, majoritariamente, por esses agentes imobiliários privados, que ofertam a operação para as empresas que buscam locar um imóvel personalizado e bem situado.

4.4.2 O Objeto da Locação nos Contratos de Construção Ajustada (*Built-to-suit*)

Nas palavras de Orlando Gomes (2002, p.56), “A *prestação* é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito”. Por seu turno, Orlando Gomes, ensina que “O *objeto* do contrato não é a *prestação* nem o objeto desta (...)”, mas “O *objeto* do contrato é o **conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar**, singularmente considerados (...)”.

Venosa (2008, p.15), por sua vez, ensina: “Cuida-se da prestação, em última análise. Essa prestação, que se mostra como atividade positiva ou negativa do devedor, consiste, fundamentalmente, em dar, fazer ou não fazer algo”. Em

²⁰ UQBAR. Dicionário de Finanças. Estrutura Built-to-suit. Disponível em: <http://manual.uqbar.com.br/portal/Manual/default/Content?action=2&uri=%2FManual%2FE%2Festrutura_build_to_suit.html>

seguida complementa: “Constitui-se de um ato, ou **conjunto de atos, praticados por uma pessoa**: a realização da obra, a entrega de um objeto ou, sob a forma negativa, a abstenção de um comerciante de se estabelecer nas proximidades de outro, por exemplo”.

Assim, segundo os referidos doutrinadores, pode-se dizer que o objeto do contrato BTS é o conjunto de atos, singularmente considerados que as partes se comprometem a praticar.

No contrato de locação tradicional, a principal prestação que o contratado se obriga é em entregar a posse da coisa locada para ser usada e gozada. Em contrapartida, a principal obrigação do contratante é pagar a remuneração devida pelo uso e gozo da coisa locada. Essas premissas são facilmente inferidas do artigo 565 do Código Civil de 2002 que enuncia: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

No BTS pode-se tomar por base a redação do *caput* do artigo 54-A da lei 8.245/1991, já em vigor. O referido texto dispõe:

Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.²¹

Pode-se extrair do texto, na primeira parte, que o contratado obriga-se a proceder “à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação (...)”. As prestações aqui dispostas, em nada se identificam com aquelas atinentes à locação. No BTS as prestações são de **fazer**, e não de **dar** coisa certa como na locação tradicional.

A Comissão de Valores imobiliários (CVM), por meio da Procuradoria Geral da União (PGU), ao emitir parecer em resposta à consulta MEMO/PFE-CVM/GJU2/Nº 187/2006 expôs que:

De fato, o contrato *built-to-suit* tem caráter atípico, reunindo, ao mesmo tempo, características de uma locação e de uma prestação de serviços, porquanto compreende também a seleção, a aquisição e a construção de um imóvel exclusivo, de acordo com as

²¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado. Projeto de Lei nº 60/2012: Texto Remetido à Sanção. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/118705.pdf>>

especificações fornecidas pela contratante.²²

Como anteriormente tratado, o BTS reúne elementos de vários contratos típicos, e, pode-se afirmar, resumidamente, que as clássicas modalidades de locação do Direito Romano (locação de coisas, de serviços e de obra ou empreitada) contribuíram com alguns de seus elementos, a fim de conceber o BTS. Portanto, o objeto do BTS não tem, como objeto, somente o que é típico numa locação de imóvel hodierna. (GAPARETTO, 2009, p.173)

José da Silva Pacheco formulou a seguinte pergunta em seu livro sobre locações: “É obrigação de dar ou de fazer?”; Essa pergunta se referia à locação de coisa, uma vez que Pacheco afirmava, categoricamente, o seguinte: “Inegavelmente, há obrigação de dar. Basta ler o art. 1.189, I, do CC.” Aqui Pacheco (2000, p128), remeteu sua fundamentação ao artigo do revogado Código Civil de 1916. O referido artigo encontra correspondência no inciso I do artigo 566 do atual Código Civil de 2002²³.

Em contrapartida, Pacheco (2000, p.129), cita compreensão diversa de Agostinho Alvim: “a ‘obrigação predominante, porém, é a de fazer. A de dar é pressuposto do exercício da outra’”. Continuando, Pacheco explica: “O locador, diz esse autor, ‘está obrigado a proporcionar o uso e gozo, porque o dar ainda não é tudo. Há, pois, obrigação de fazer, implicando obrigação de dar’”. Por derradeiro, José da Silva Pacheco conclui que: “O certo é que o locador se obriga a ceder ao locatário o uso e gozo de coisa mediante retribuição. Para isso, há que entregar ao locatário a coisa alugada, sem o que o locatário não pode usá-la, nem gozá-la”.

Se na tradicional locação de coisa, permeia controvérsia quanto à espécie do objeto da prestação, embora, predomine a compreensão de ser tipicamente a de dar coisa certa, parece que o mesmo não ocorreria com o BTS.

Zanetti (2011, p.89) discorrendo sobre este aspecto afirma que: “Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas. Tanto é verdade que o pagamento devido pelo ocupante se presta a remunerar ambas, sem

²² BRASIL. AGU. Procuradoria Federal Especializada. CVM. Consulta acerca do enquadramento dos recebíveis lastreados em contratos built-to-suit (...) sobre a natureza jurídica desses contratos e a extensão da aplicabilidade aos mesmos da Lei n 8.245/91. 5/6/2006, MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº187/2006. Disponível em:

<<http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Jur%C3%ADdico/PronunciamentosT%C3%A9cnicosdaCVM/tabid/75/Default.aspx>>

²³ Art. 566. O locador é obrigado: I -a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário;

que seja possível precisar a parte atinente a cada uma delas".

Gasparetto (2009, p.59), corroborando a mesma posição, dispõe que:

"No período de vigência do contrato, o usuário-locatário remunera o empreendedor não apenas pela locação do imóvel, mas também pela prestação de serviços, pois o empreendedor implementou construções no imóvel, a fim de atender às necessidades específicas daquele usuário".

A posição de Gasparetto e Zanetti, ainda, ganha mais força a partir das ponderações articuladas por Biazotti (2009, p.4). Segue abaixo:

A mensuração desta retribuição mensal, que a diferencia do típico aluguel em contratos de locação pura e simples, não leva em consideração apenas o valor de mercado do imóvel e a realidade locatícia da região, em absoluto, e nem poderia ser assim, já que a equação econômica no contrato de *built-to-suit* não se confunde com a locação. Tal mensuração se dá após uma análise complexa do custo para aquisição do terreno, para realização da construção, para captação de recursos no mercado, e posterior utilização do imóvel e, até mesmo, capacidade de adimplemento da própria retribuição pela sociedade "locatária".

Portanto, a partir dessas ponderações, percebe-se, de plano, que o objeto do BTS não encerraria apenas a entrega de uma coisa para uso e gozo, mas, também, a prestação de serviços contratados. De sorte que, o objeto da prestação na modalidade "locação nos contratos construção de construção ajustada" encerra um fazer para dar. O fazer traz consigo o inderrogável caractere de ser *intuitu personae*, pois, de acordo com Ivanildo Figueiredo (2010, p.134), "a expressão *suit*, em inglês", a qual traduz uma das características essenciais do BTS "designa, exatamente, uma roupa ou terno feito sob medida". O dar, por seu turno, se identifica com o ocorrido nas locações tradicionais, ou seja, cede-se a posse do imóvel para uso e gozo por um prazo determinado. Portanto, a "locação nos contratos construção de construção ajustada" encerra em seu objeto esse fazer para dar.

4.4.3 Alguns Caracteres da Relação Jurídica na Locação nos Contratos de Construção Ajustada (*Built-to-suit*)

O que se pretende, nesse tópico, é trazer algumas características elementares da relação obrigacional da locação nos contratos de construção ajustada.

Como locação, a relação jurídica é de direito pessoal e não de direito

real. Como já visto em tópicos pretéritos, o BTS também se operacionaliza via concessão de direito real de superfície, e nessa hipótese, a relação jurídica entre os contratantes é de direito real.

A locação nos contratos de construção ajustada, também, somente encontra razão de existir nos casos em que o mercado imobiliário não dispõe de um imóvel adequado à necessidade do contratante, pois, de outro lado, seria mais vantajoso alugar um imóvel nas bases tradicionalmente praticadas.

A locação no BTS é uma obrigação condicional, pois a remuneração devida pelo locador é condicionada a entrega da coisa, em estado de servir ao uso a que se destina.

Passa-se a analisar as características a partir do texto aprovado na Câmara e no Senado, o qual deu origem a Lei nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012. Outrossim, considerar-se-á a redação original do §3º do art. 54-A e as razões do veto presidencial.

Primeiramente, analisam-se os elementos extraídos do *caput* do artigo 54-A:

Art. 54-A - Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.²⁴

A locação nos contratos de construção ajustada, segundo a redação final da PL 60/2012 possui as seguintes características:

É uma “locação não residencial de imóvel urbano”, portanto, fica excluída da esfera residencial e por temporada, até mesmo porque não teria razão de existir nesses contextos. Sendo “locação”, conterà uma cessão do uso e gozo do imóvel urbano, mediante remuneração, ainda que não exclusivamente, como já explicado anteriormente. Em outras palavras, a locação nos contratos de construção ajustada, além de encerrar uma cessão de uso e gozo do imóvel, também, contém outras prestações, como a de fazer o imóvel encomendado.

Outrossim, na qualidade de “não residencial” compreende as subespécies de locações não residenciais, ou seja, para fins industriais, comerciais, escolares, sociedade civil com fim lucrativo, etc. Por fim, sendo imóvel urbano, a

²⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado. Projeto de Lei nº 60/2012: Texto Remetido à Sanção. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/118705.pdf>>

previsão da lei nº 8.245/1991, não se estende aos imóveis rurais ou rústicos.

A denominação legislativa atribuída às partes será “**locador**” e “**locatário**”, embora, como já explicado em tópicos anteriores, a relação obrigacional entre as partes extrapola a esfera de uma mera relação locatícia. Contudo, o legislador preferiu nomear as partes contratantes de locador e locatário, isso porque, trata-se de uma “**locação nos** contratos de construção ajustada”. Embora, as expressões locador e locatário captem apenas parte do fenômeno BTS na modalidade locação.

As características reconhecidas e destacadas pela redação do dispositivo artigo 54-A da Lei do Inquilinato pontua que o “locador” se obriga à “**prévia aquisição, construção ou substancial reforma**”. Nesse sentido, o destaque legislativo ressalta o caráter pretérito dos atos com relação ao concretizar da locação. Na locação ordinária, o imóvel preexiste à contratação, mas na “locação nos contratos de construção ajustada” a contratação antecede a existência do imóvel a ser locado.

Com efeito, a regra é que a relação locatícia ficará em condição suspensiva, até a efetiva entrega do imóvel em condições de servir ao uso a que se destina. A disposição legislativa destacou que, esses atos prévios, compreendem a aquisição de um terreno, a construção do prédio encomendado ou sua reforma substancial. Sendo que, a palavra imóvel serve para se referir singularmente ao terreno e a construção ou aos dois conjuntamente considerados, terreno já construído.

A reforma, nessa modalidade de contratação, não pode ser confundida com qualquer benfeitoria empreendida no imóvel a ser locado. O adjetivo substancial visa diferir e qualificar a espécie de reforma que ocorrerá, mas o seu sentido será construído na prática. Ficou claro que a Lei, também, reconhece que as reformas substanciais podem servir de base para esse tipo de operação. Por exemplo, nas operações de desmobilização combinadas com *retrofit*, o proprietário de um imóvel aliena para um construtor, que o reforma substancialmente para depois locá-lo, via BTS, ao antigo proprietário, com opção de compra ou não. Também, pode ocorrer do contratado adquirir um imóvel de terceiros, precisando ser apenas substancialmente reformado, para se adequar ao projeto encomendado pelo contratante na relação BTS, via locação.

Também restou destacado que a aquisição, construção ou substancial

reforma pode ser feita **“por si mesmo ou por terceiros”**. Ou seja, se o contratado já possui toda estrutura a fim de adquirir um terreno, construir um prédio ou reformá-lo, assim o fará. Contudo, em várias ocasiões, essas operações são feitas em parceria ou sociedade com terceiros, para tanto, criam uma SPE, via de regra. Como o contrato de BTS serve de base para emissão de CRI, os recursos para a compra do terreno e a construção do imóvel, também, podem ser conseguidos pela securitização dos créditos imobiliários. Destaca-se, todavia, que o obrigado aqui será um, embora, seja possível coexistir pluralidade de coobrigados na qualidade de contratados.

A redação legislativa também destacou que o imóvel a ser locado é aquele **“imóvel então especificado pelo pretendente à locação”**. Esse caractere de encomenda, implica numa expectativa da coisa corresponder às especificações previamente definidas pelo contratante. Para tanto, existe um projeto prévio e o andamento da operação é acompanhado pelo contratante. Concluída a obra, com todas as licenças e autorizações, chega o momento da sua entrega pelo locador. O imóvel deve ser construído, ou reformado substancialmente, pelo contratado em conformidade com as especificações indicadas pelo contratante, o qual poderá fiscalizar durante a obra e conferir no ato da entrega.

Nessa hipótese, a obrigação é de entrega de coisa certa, portanto, sujeita as regras gerais civilistas. Efetuada a entrega, iniciam-se os efeitos da relação locatícia, até então em condição suspensiva.

A redação legislativa, também acentuou que todo empreendimento prévio se constitui **“a fim de que seja a este locado por prazo determinado”**. A finalidade do contratante é a locação do imóvel, por outro lado, sob a perspectiva do contratado a finalidade é a remuneração pelo investimento empreendido, o qual será diluído ao longo do tempo determinado, juntamente com o recebimento pelo uso e gozo do imóvel. Embora, tal fato, não afaste a possibilidade de se avençar a opção de compra do imóvel, o que, por vezes, ocorre nesse tipo contratação.

Dessa forma, não se poderia falar em locação nos contratos de construção ajustada, por prazo indeterminado, uma vez que é contraproducente a natureza do negócio imobiliário. Os prazos são longos. Em média compreendem entre 10 a 20 anos. Portanto, as locações do tipo BTS, reconhecida pela redação legislativa, são as pactuadas por prazo determinado.

A redação legislativa privilegiou a autonomia privada, como base

regulatória da locação do tipo BTS, ao dispor que **“prevalecerão às condições livremente pactuadas no contrato respectivo”**. Incumbe lembrar que essa solução já havia sido adotada para o contratos em *shopping center*. O legislativo poderia regular especificamente o instituto e, assim, atribuir ao BTS, via locação, um modelo completo de regramento. Com isso lhe imprimiria incontestável tipicidade. Contudo, a escolha legislativa foi remeter a regulamentação da matéria para a autonomia privada. Talvez, a escolha feita tenha sido a melhor opção, para o atual momento de maturação do instituto no contexto nacional. Outrossim, há um pressuposto de paridade contratual na relação locatícia nos contratos de construção ajustada. Com efeito, não se trata de uma relação locatícia que pressuponha desigualdade entre os contratantes ou hipossuficiência. A iniciativa legislativa objetivou o afastamento da insegurança jurídica, em face das controversas emergentes. Assim, as pontuais inserções revelaram-se suficientes para alcançar o desiderato no contexto da legislação inquilinária.

No entanto, cabe lembrar que, conforme artigo 425 do Código Civil de 2002: “É lícito às partes estipular contratos atípicos”, contudo, essa liberdade está bitolada pela observância das “normas gerais fixadas neste Código”. Nesse sentido, por evidente, que prevalecerão as condições livremente pactuadas que não se opõe as normas gerais da codificação legal, bem como, segundo dispõe o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Ademais, não se pode olvidar das disposições contidas nos artigos 421 e 422 do Código Civil os quais dispõem o que segue: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A disposição legislativa também acrescentou que **“prevalecerão (...) as disposições procedimentais previstas nesta Lei”**. Nesse sentido, também se equiparou a providencia adotada relativamente aos contratos em *shopping center*. Venosa (2012, p.243), ao comentar o artigo 54 da Lei nº 8.245/1991, pontuou a esse aspecto que “os procedimentos e os princípios desta Lei são os cabíveis nas relações dessa espécie de locação, como a ação renovatória, de despejo, de consignação e de revisão de aluguel”.²³⁵ Contudo, aqui, Venosa falava das relações

locatícias em *shopping center*, mas, para o BTS o legislativo já deixou claramente consignado que, se por um lado, os procedimentos da Lei do Inquilinato se aplica, por outro, a revisional poderá ser excluída por vontade das partes.

No §1º do artigo 54-A da Lei do Inquilinato foi assentada a seguinte redação: “Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.”

Agora, está explicitamente previsto a liberdade em se convencionar a renúncia ao direito de revisão do valor dos alugueres. Fica evidente, nos casos de locação nos contratos de construção ajustada, o caráter dispositivo da norma. Por conseguinte, dos procedimentos existentes na Lei nº 8.245/1991, a ação revisional é relegada ao arbítrio das partes contratantes, as quais convencionarão, se haverá ou não, incidência sobre sua relação contratual.

Essa medida ganha importância e relevância prática e afasta um dos principais temores dos contratados para empreender uma operação BTS. Como foi explicado em tópicos anteriores, o “aluguel” do BTS não remunera apenas o uso e gozo do imóvel, mas, também, o investimento que o contratado fez para adquirir, construir ou reformar substancialmente, de acordo com as especificações apresentadas pela contratante, o imóvel objeto da locação.

Contudo, como visto, se as partes quiserem poderão, durante o prazo da operação, valer-se do direito a revisional. Se tal opção ocorrer, para viabilizar o seu exercício, parece que a composição da remuneração mensalmente devida deverá ser decomposta e distinguida. Em outras palavras, a parte da remuneração que diz respeito à contraprestação pelo investimento empreendido pelo contratado permanecerá intacta, mas aquela que se refere ao pagamento pelo uso e gozo do imóvel, segundo os parâmetros de mercado, é que sujeitará a revisão.

Para Cristiano de Souza Zanetti (2011, p.89) “Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas. Tanto isso é verdade que o pagamento devido pelo ocupante se presta a remunerar ambas, **sem que seja possível precisar a parte atinente a cada uma delas**”. Não parece que seja impossível realizar tal distinção, pois, uma vez definido o *quantum* que será cobrado pelo investimento e o valor a ser pago pelo uso e gozo do imóvel, torna-se viável a distinção. Assim, se for possível distinguir, também, é possível dispensar tratamentos distintos para cada uma delas. No entanto, esse problema apresenta dimensões maiores se os créditos imobiliários, a receber, foram securitizados. Caso

o contratado securitizar os créditos, o ideal é ajustar a renúncia ao direito à renovação, a fim de imprimir maior estabilidade aos recebíveis imobiliários.

Outra situação que pode surgir é a revisional, após expirar o prazo determinado para a vigência do contrato de locação, e sobrevier uma renovatória, ou passar o contrato a vigorar por prazo indeterminado. Se o prazo convencionado foi para amortizar o valor do investimento, como ensina Ivanildo Figueiredo (2010, p.134): “(...) considerando que o locatário assumirá a obrigação de amortizar o custo do imóvel durante o prazo da locação, que também pode ser concebida como uma espécie de arrendamento”.

Parece que é razoável reduzir o valor do locativo mensal, ao nível daquele que estiver sendo praticado para locações comuns, pois o empreendedor já foi remunerado pelo seu investimento durante a vigência do prazo contratualmente determinado. Parece que a inclinação é para garantir a validade da cláusula de renúncia somente durante o prazo determinado, mas a resposta, quanto aos limites, será dada pela doutrina e a jurisprudência.

Outra característica do BTS, na modalidade locação, que a proposta legislativa trouxe diz respeito ao problema da multa compensatória, em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício. Essa era outra preocupação que atormentava os investidores, que se propunham a construir um imóvel e locá-lo nos moldes da operação BTS. Gasparetto (2009, p.42), em seu livro, formulou esse problema a partir do seguinte questionamento:

Mesmo que expressamente acordado no contrato de locação uma cláusula penal compensatória, determinando que, em caso de rescisão antecipada, por parte da usuária-locatária, deverá esta ser obrigada a indenizar o empreendedor-locador com o valor de todas as parcelas a vencer e não pagas, teria o empreendedor-locador direito a exigir o pagamento integral.

Com relação às locações tipificadas na Lei nº 8.245/1991, a prática dos tribunais nacionais tem sido pela impossibilidade, “pois a isso equivaleria uma proibição de devolver o imóvel antes do prazo, em ofensa ao disposto no art. 4º da Lei do Inquilinato”. Contudo, o projeto de lei levou em consideração as diferenças entre a locação nos contratos de construção ajustada e as típicas locações. O Resultado dessa consideração foi à redação do § 2º do artigo 54-A da Lei do Inquilinato a seguir transcrito: “Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não

excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação”. Outrossim, a alteração do artigo 4º da Lei nº 8.245/1991, para inserir a seguinte frase: “Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A” (...).

Portanto, infere-se do enunciado que, agora, não restam dúvidas que, nos contratos de locação na modalidade BTS será devido o pagamento da multa compensatória que fixar, em caso de denúncia antecipada, o valor dos alugueres vincendos. O valor dessa espécie de cláusula penal não poderá exceder “a soma dos valores dos alugueres a receber até o termo final da locação”, mas poderá se identificar com esta. Essa medida legislativa veio garantir, nos contratos de locação via BTS, a legalidade do retorno do investimento do empreendedor e afastar os temores daqueles que investirão em títulos emitidos com base nessa modalidade de crédito imobiliário.

E por falar na emissão de títulos imobiliários, o legislador também previu a possibilidade de cessão desses créditos, a qual, como anteriormente explicado, ocorre nas operações de securitização e emissão de CRI. Para tanto, foi redigido o seguinte dispositivo:

§ 3º Desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador com terceiros, na forma dos arts. 286 a 298 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento.²⁵

A primeira condição, que a proposta legislativa adotou com relação aos créditos imobiliários, foi a necessidade de registro do “contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel”. Plausível e necessária, a fim de dar publicidade perante terceiros. A forma de negociação dos créditos se operará nos termos dos artigos 286 a 298 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Esses dispositivos dispõem sobre o regime da cessão de créditos no Código Civil de 2002. Assim, a negociação consentida, nada mais é, do que uma cessão de créditos. Outrossim, cabe lembrar que, se por um lado à base legislativa geral é o Código Civil, a especial será a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, para fins de securitização.

Por fim, o legislador fez questão de explicitar a responsabilidade do

²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado. Projeto de Lei nº 60/2012: Texto Remetido à Sanção. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/118705.pdf>>

“locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento”. Essas medidas certamente imprimiria maior segurança jurídica, para as securitizadoras dessa espécie de crédito imobiliário, e para os investidores que os negociam no mercado financeiro.

Todavia, quando da sanção presidencial sobreveio veto parcial do referido §3º sob o seguinte fundamento:

Ao exigir que o contrato seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto. Ademais, a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente.

Com efeito, com o veto não embargou a possibilidade de cessão dos créditos imobiliários, mas apenas objetivou garantir maior liberdade quanto ao *modus operandi*, nessa hipótese.

Quanto às obrigações acessórias no BTS, via locação, importa tecer alguns comentários quanto às modalidades de garantias permitidas. Como já disposto nesse tópico, o legislador propôs que a “locação nos contratos de construção ajustada” fosse preponderantemente regulada pela autonomia privada. Após resolver pontuais incompatibilidades com a lei de locações, o legislador atraiu sobre a locação, na modalidade BTS, à aplicação dos procedimentos existentes na referida legislação inquilinária.

Venosa, ao falar das obrigações acessórias, aponta as garantias como uma delas. Nesse particular, pergunta-se: as garantias praticadas na locação nos contratos de construção ajustada serão restritas as modalidades ou exorbitarão a essas? Ora, pelo visto tal matéria reporta-se a esfera da autonomia da vontade das partes contratantes, uma vez que se atraiu para o BTS tão somente os procedimentos da Lei nº 8.245/1991. Portanto, as partes contratantes poderão recorrer às garantias arroladas na Lei do inquilinato, bem como, a outras aplicáveis a espécie.

Com isso, assentam-se as principais características da relação jurídica na locação nos contratos de construção ajustada. Com a vigência da Lei nº 12.744/2012 diversos temores foram afastados no mercado imobiliário, mas a construção de um padrão regulatório específico ainda está em processo de maturação.

CONCLUSÃO

A dinâmica do dia-a-dia do empresário faz com que contratar torne-se uma rotina. Seja do mais elementar dos contratos até os mais complexos.

O contrato de *build-to-suit* surgiu no país como uma alternativa ao modelo tradicional de empreender uma indústria ou uma grande fábrica, ou seja, o modelo no qual uma empresa ao decidir se instalar em uma determinada área arca com todos os custos, ou seja, adquirir o terreno, administra e investe na construção do prédio e ainda custeia seu próprio funcionamento.

Uma alternativa a este modelo tradicional de empreendedorismo é o contrato de *build-to-suit* ou construção sob encomenda, que foi introduzida no país por grandes corporações multinacionais que buscam nessa alternativa comercial, reduzir os riscos do negócio, através de parcerias com investidores, normalmente locais, que farão a aquisição do terreno e a construção personalizada de toda a estrutura fabril e assim permitir que a empresa foque em seu negócio principal.

Se a parte contratante busca racionalizar o investimento e ter um espaço ideal pra sua atividade, o grande atrativo da parte contratada está na possibilidade de realizar um investimento alternativo ao que hoje lhe é ofertado pelo mercado e com garantias do investimento realizado, através dos direitos creditórios decorrentes da operação imobiliária, CRI – Certificado de Recebíveis Imobiliários.

O contrato de *build-to-suit* nasce do acordo de vontades das partes e de um longo ciclo de negociação preliminar, onde devem ser previstas todas as etapas e prazos da construção civil, e principalmente as regras remuneratórias do contrato ao longo de sua existência prevendo ainda as hipóteses de extinção contratual.

Esse novo conceito de contratar ampara sua legalidade no Código Civil, no que tange a atipicidade do contrato e no investimento feito pelo contratado.

Inicialmente, ao se pesquisar sobre o tema, foram identificadas diversas espécies contratuais, que em seus primórdios eram vistas como locação (empreitada e prestação de serviços), posteriormente, se afastaram dessa classificação. Se, em algum momento histórico, as semelhanças as uniram, em outro, as diferenças as separaram. Por conta dessas diferenças, tais espécies contratuais ganharam nome, regime jurídico e tratamento distinto. Assim,

evidenciou-se que, discernir as diferenças e perceber as semelhanças, é de capital importância para possibilitar o adequado encaixe e tratamento dos institutos contratuais. Outrossim, evidenciou-se a importância do tempo, para maturação das classificações jurídicas.

Constatou-se, igualmente, que a locação de coisas é conceito bem mais amplo que o de locação de imóvel urbano. Assim, nem todas as características da locação de coisas estão contidas na locação de imóvel urbano. Em outras palavras, os caracteres e elementos da locação de imóvel urbano estão contidos na locação de coisa, mas nem todos os caracteres da locação de coisa integram a de imóvel urbano. Por conta dessa especificidade, a locação de imóvel urbano é regulada em lei especial.

Detectou-se que, os elementos essenciais sempre estarão presentes nas espécies locatícias, mas nem todas as características serão encontradas, uma vez que a espécie faz um objetivo recorte na extensão do gênero. Assim, a locação de imóvel urbano objetiva somente os imóveis sujeitos à incidência da Lei nº 8.245/1991.

Viu-se que, a expressão “locação de imóvel urbano” trazido pela Lei nº 8.245/1991 carrega o seguinte sentido: contrato pelo qual uma das partes (Locador), mediante remuneração (aluguel) que a outra (Locatária) paga, se compromete a ceder, durante certo lapso de tempo (determinado ou indeterminado), o uso e gozo de um terreno com ou sem construção (imóvel), destinado a algum dos usos previstos na Lei nº 8.245/1991.

De acordo com a doutrina majoritária, o critério a ser adotado na Lei nº 8.245/1991, para determinar se o imóvel será urbano, é o da destinação, prevalecendo sobre o da localização. A destinação do imóvel, deve ser para finalidades típicas da vida urbana, finalidades essas que se encontram previstas na Lei do inquilinato.

A Lei nº 8.245/1991, em linhas gerais, regulamenta as seguintes classes de locação: a) Locação de imóvel urbano residencial; b) Locação de imóvel urbano não residencial, e; c) Locação de Imóvel urbano por temporada.

A locação de imóvel urbano não residencial compreende como espécies as locações de imóveis: comerciais, industriais, os utilizados por sociedades civis com fins lucrativos, aqueles locados para hospitais, para estabelecimentos de saúde e de ensino, para unidades sanitárias oficiais ou

estatais, asilos e outras casas do gênero. Outra figura, parcialmente regulada pela Lei Inquilinária, é a locação de lojas em *Shopping Center*. Diga-se parcial, porque o legislador remeteu o restante da matéria para a esfera da autonomia privada.

Antes da locação de lojas em *Shopping Center* ser inserida na Lei nº 8.245/1991, sua natureza jurídica foi objeto de intensos debates. Para resolver problemas de incompatibilidade com as locações típicas, o legislador fez pontuais alterações na Lei nº 8.245/1991 e inseriu nela o artigo 54. Contudo, a solução foi prática, mas, não afastou de vez as controvérsias envolvendo a natureza atípica dos contratos em *Shopping Center*.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.514/1997, o mercado imobiliário atraiu vários investidores para o Brasil. Com a chegada desses investidores surgiram novas práticas no setor imobiliário. Uma dessas práticas é a operação denominada de *Built-to-Suit*. O significado da expressão é traduzida, além de outras variações, como “construção sob medida” ou “sob encomenda” ou ainda “construir para servir”.

Nessa modalidade de operação econômica, em regra, ocorre o seguinte: um contratante busca no mercado imobiliário um empreendedor para adquirir um terreno, em localidade estratégica, e nele construir um imóvel personalizado, que atenda as especificações de sua atividade econômica. O imóvel é adquirido e construído para ser locado para o contratante, mas a locação fica sob condição suspensiva até a efetiva entrega do imóvel, em estado de servir ao uso a que se destina, que via de regra coincide com a obtenção do “Habite-se”. O prazo contratual é determinado e longo, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, a fim de viabilizar parcelas mensais, não tão altas, e propiciar o retorno econômico do investimento realizado pelo contratado. O “aluguel” mensal, além de remunerar o uso e gozo do imóvel, também recompensará o investimento empreendido na aquisição e construção do imóvel personalizado.

Como esse tipo de contrato gera créditos imobiliários, a longo prazo, e de valores vultosos, é comum servir de base para a securitização imobiliária. A securitização torna-se uma forma de captar recursos no mercado financeiro, a fim de adquirir e construir o imóvel encomendado, e também se serve como um meio de adiantar o recebimento dos créditos vincendos.

Pelo fato do BTS trazer em sua estrutura elementos da locação de imóveis urbanos, atraiu sobre si a incidência da Lei 8.245/1991. Porém, nem todos os dispositivos dessa Lei são compatíveis com a operação BTS. As principais

incompatibilidades se referem ao valor da remuneração e a multa em caso de rescisão antecipada da relação contratual.

Quanto ao valor da remuneração, na Lei do Inquilinato, acha-se a figura da ação revisional, a qual objetiva adequar o valor dos alugueres ao valor de mercado. Contudo, no BTS, o valor mensal pago não é apenas de aluguel, ou seja, não remunera somente o uso e gozo do imóvel, como ocorre nas locações tradicionais da Lei Inquilinária. O investimento, na aquisição e construção personalizada, também é amortizado ao longo da relação contratual. Portanto, revisar o valor da remuneração devida mensalmente nos contratos de BTS, a fim de ajustá-la ao de uma locação comum, resultaria em desequilíbrio contratual e enriquecimento ilícito.

Outra incompatibilidade é com relação ao tempo necessário de durabilidade da relação locatícia e a multa por denúncia antecipada. Na Lei do Inquilinato está disposto no artigo 4º que o locatário poderá devolver o imóvel locado, desde que pague a “multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada”. Na prática, a importância pecuniária dessa multa encontrava seu limite no valor de três alugueres. No BTS é ajustado o valor total dos “alugueres” vincendos, em caso de devolução antecipada.

Diante dessas incongruências, a doutrina veio construindo soluções, a fim de contornar essas dificuldades e viabilizar a operação BTS. O entendimento doutrinário preponderante, firma-se no sentido de que o BTS é um contrato atípico, e em sua estrutura não existem elementos apenas do contrato de locação, mas também de prestação de serviços, incorporação imobiliária, empreitada e etc. Ou seja, o BTS é um contrato atípico do tipo misto e seu objeto é distinto da locação tradicional. Dessa forma, como autoriza o artigo 425 do Código Civil de 2002, o BTS constitui-se um contrato atípico que pode ser livremente pactuado desde que observe as normas gerais do diploma civil. O BTS, ainda, é um contrato paritário e não há desigualdade entre as partes contratantes. Portanto, o que se estipulou, sob o arrimo da autonomia da vontade, deve prevalecer.

Ainda se estipulam no BTS cláusulas *intuito personae*, acentuando que o contratante é quem procurou o contratado para realizar, sob encomenda, a aquisição e construção do imóvel por ele especificado.

O parágrafo único do artigo 473 do Código Civil de 2002, também é

levado em conta para obstar os efeitos da denúncia antecipada, enquanto o contratado não retirar o investimento feito na aquisição e construção do imóvel encomendado. Outra solução usual no mercado, a fim de desviar dos problemas da lei 8.245/1991 é realizar o BTS, via direito real de superfície e, no lugar de “aluguel”, fixar o valor do cânon superficiário ou *solarium*.

Contudo, apesar das alternativas construídas, a insegurança dos investidores persiste. Isso porque, de um lado inexistente legislação específica regulando o instituto e, de outro, falta pacificação quanto à posição dos tribunais nacionais. Aliás, são poucos os casos que o Judiciário se pronunciou sobre o tema, mas ainda assim, com divergência de posições.

O Poder Legislativo, por seu turno, em 2009, resolveu apresentar Projeto de Lei, a fim de resolver as referidas incompatibilidades e, consequentemente, incentivar a espécie de investimento no âmbito do mercado imobiliário. O Projeto de Lei de iniciativa da Câmara dos Deputados e da autoria do Deputado Carlos Bezerra foi registrado sob o nº 6569/2009. A solução inicial apresentada pelo projeto foi a de introduzir na Lei 8.245/1991 um artigo (76-A) que afirmasse categoricamente que a referida legislação não se aplica ao BTS, salvo se as partes dispusessem ao contrário.

Ao longo da tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto foi recebendo readequações. Em 2011, foi proposto, na mesma casa legislativa, novo Projeto de Lei que foi registrado sob o nº 356/2011. Esse projeto, já apresentava solução diversa para resolver os problemas de incompatibilidade entre o BTS e a Lei do Inquilinato. O PL 356/2011 não excluiu a aplicação da Lei do inquilinato, mas procurou criar exceções nos dispositivos incompatíveis. Igualmente, à semelhança do contrato em *Shopping Center*, remeter a regulação da matéria à autonomia da vontade, aproveitando os procedimentos da lei 8.245/1991. Dessa forma, ao invés de excluir a aplicação da Lei Inquilinária, procurou resolver as incongruências e aproveitar a experiência legislativa da Lei de Locações.

Os dois projetos foram reunidos e passaram a tramitar juntos, passando pelas devidas adaptações. O BTS, via locação, ganhou o nome, em vernáculo, de “locação nos contratos de construção ajustada”. E ao invés de inserir o artigo 76-A, foi proposto alocar a regulamentação após o contrato de Shopping Center. Assim, foi inserido ao artigo 54-A e alterado o artigo 4º da Lei 8.245/1991.

O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e remetido para o

Senado, passando, ainda, por pontuais correções, a fim de evitar interpretações equivocadas quanto à extensão de sua aplicação. No Senado, o projeto foi registrado sob o nº 60/2012 e, tendo sido aprovado a sua redação final, foi remetido para sanção. No dia 19 de Dezembro de 2012 foi sancionada com veto parcial, a fim de resguardar maior liberdade à autonomia privada. O veto recaiu sobre o § 3º do artigo 54-A, sob o argumento de que o dispositivo criaria ônus adicional que caminharía na contramão do projeto de lei, ademais, a cessão dos créditos pode ser feita livremente nos termos da legislação já existente.

Com isso, o processo legislativo apresentou a sua solução para os problemas emergentes em torno do BTS.

Como fruto dessa solução ficou assentado que:

- a) O BTS, na modalidade locação, será chamado de “locação nos contratos de construção ajustada”;
- b) prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas na Lei Inquilinária;
- c) Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, será devido o pagamento da multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação;
- d) Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação;
- e) O crédito imobiliário, decorrente, poderá ser livremente cedido nos termos da legislação vigente.

Como visto, a solução apresentada pelo Legislativo, no caso do BTS, foi inspirada naquela, outrora, adotada em relação à cessão de uso em lojas de *shopping center*. Com efeito, embora o legislativo tenha aproveitado os procedimentos da lei de locações, tratou apenas dos conflitos legislativos até então existentes entre o *Built-to-suit* e a Lei do Inquilinato, remetendo o restante da matéria para a autonomia privada. Assim, como o referido instituto contratual não ganhou padrão regulatório completo e específico na lei, pode se afirmar que a locação nos contratos de construção ajustada manteve seu caráter de locação legalmente atípica. Dessa forma, o *Built-to-suit*, na modalidade locação, tornou-se um contrato de locação urbano não residencial nominado, porém atípico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BLAZOTTI, Thiago D'Aurea Cioffi Santoro. A não incidência da revisional de aluguel em contratos de "Built-to-suit" -final. In: BDI -Boletim do Direito imobiliário. São Paulo: Ago. Ano XXIX. nº 24, Diário das Leis, 2009.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Procuradoria Federal Especializada. CVM. Consulta acerca do enquadramento dos recebíveis lastreados em contratos *built-to-suit* como créditos *performados*, para efeito de obtenção do registro automático de um FIDC e sobre a natureza jurídica desses contratos e a extensão da aplicabilidade aos mesmos da Lei n 8.245/91. 5/6/2006 EMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº187/2006. Disponível em: <<http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Jur%C3%ADdico/PronunciamentosT%C3%A9cnicosdaCVM/tabid/75/Default.aspx>>

BRASIL. Lei nº 8.245/91, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimento a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de jan. de 2002. Institui o código civil. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de set. De 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>

CAMARGO, Cristiane Bueno de; SISTI, Carlos Eduardo Poli; FERREIRA, Rogéria Cristina. "Built to suit", direito real de superfície e "sale and leaseback", uma análise comparativa. 10ª Conferência Internacional da LARES. Disponível em: <<http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/461-542-1-SP.pdf>>

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. Anotações à lei do inquilinato: Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CILLI, Fábio. Empreendimentos do tipo "Build-To-Suit": Arbitragem do valor de locação em editais de concorrência. 2004. 150 f. Monografia (MBA em Gerenciamento de Empresa e Empreendimentos na Construção Civil com ênfase em

Real Estate) -Escola Politécnica da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.realestate.pcc.usp.br/arquivos%20PDF/Mono_Fabio_Cilli.pdf>

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: III Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Locações de Imóveis urbanos comentada: (Lei n. 8.245, de 18-10-1991) 8. ed. rev., atual. e aum. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

ERHARDT, André Cavalcanti. A realidade do Direito enquanto problema definatório. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10>>

FIGUEIREDO, Ivanildo. Direito Imobiliário. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos, São Paulo: Saraiva, 2005.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. Contratos “Built to suit”: Um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro. São Paulo: Grupo Editorial Scortecci, 2009.

GOMES, Orlando. Contratos, 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense 2002.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil, 1ª ed., São Paulo: Editora R UQBAR. Dicionário de Finanças. Estrutura Build-to-Suit. Disponível em: <http://manual.uqbar.com.br/portal/Manual/default/Content?action=2&uri=%2FManual%2FE%2Festrutura_build_to_suit.html>.

_____. Securitização. Disponível em: <<http://manual.uqbar.com.br/portal/Manual/default/Content?action=2&uri=%2FManual%2FS%2Fsecuritizacao.html>> revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. Filosofia do direito, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969.

RODRIGUES, Silvia. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30ª ed., São Paulo: Saraiva: 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MILHOMENS, Jônatas e ALVES, Geraldo Magela. Manual Prático dos Contratos. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Contratos em Espécie. 8ª ed., São Paulo,

Atlas, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WALD, Arnold. Curso de direito civil brasileiro: Obrigações e Contratos. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Wagner Veneziani e JUNQUEIRA, Gabriel. Contratos, Manual Prático e Teórico. 41ª ed., São Paulo: Madras, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Contratos, Proteção Contra Cláusulas Abusivas. Curitiba: 2005.

SILVEIRA, Adalberto de Arruda Silveira. Contratos. 3ª ed., Rio de Janeiro: 2003.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Contrato. 2ª ed., Rio de Janeiro: 2002.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. 2ª ed., São Paulo: 2004.

GONÇALVES, Alexandre Tadeu Navarro Pereira. Tributação das Operações Imobiliárias. São Paulo Quartier Latin, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Brasileiro, Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Luiz Antônio. Considerações sobre o aluguel em "shopping centers" In ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). "Shopping Centers": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um "shopping center". In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). "Shopping centers": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Nova Lei do inquilinato Comentada São Paulo: Atlas, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações. 34. ed. rev., e atual. por MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY; Rosa Maria de Andrade. Leis Civis comentadas: atualizada até 20 de julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil

Comentado. 5. ed. rev., ampli. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

p. 328-343, jan/mar, 2005.

PACHECO, José da Silva. Tratado das locações, ações de despejo e outra. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 2 v.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Atualização de Regis Fichtner. 11. ed., rev. atual. de acordo com o Código Civil e 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 3 v.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Shopping centers*: organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. *Shopping centers*: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais ("shopping centers") no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.) "Shopping centers": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 3 v.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2008.

ROSENVALD, Nelson. Artigo 206. In: PELUSO, Cezar. (Coord.) Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2009.

SANTOS, Cláudio. A locação de espaços em "shopping center". Revista dos Tribunais, São Paulo, a.81, v. 680, jun. 1992.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Contrato "Built-to-suit" e a lei do inquilinato. In: BDI -Boletim do Direito imobiliário. São Paulo: jul. Ano XXVIII, nº 21, Diário das Leis, 2009..

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Direito Imobiliário: Teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Josias Soares da. "Built-To-Suit": Uma nova proposta de parceria público privada. In: Encontro Técnico Nacional de Auditoria De Obras Públicas - Florianópolis -SC, 2011. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/enaop/artigos/parceria_publico-privadaprojeto_built-to-

suit.pdf>

SIQUEIRA, Carla. O que é contrato “Built to suit”? In: Tribuna imobiliária. Brasília: set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.sampaipinto.adv.br/pdf/Tribuna7mdemartini.pdf>>

SOUZA, Sylvio Capanema. A nova lei do inquilinato comentada. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built-to-suit* – operação de crédito imobiliário estruturada. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 8. n. 27,

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos Atípicos: Dissertação de doutoramento. Coimbra: Almeida, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Teoria geral as obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 2 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do inquilinato comentada: Doutrina e prática. 11. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2012.

VERONESI, Luiza Belloni. *Built to Suit*: Veja as vantagens do serviço de construção sob encomenda. In: BDI -Diário das Leis Imobiliário. BDI nº 19 -ano: 2012.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to Suit*: Qualificação e Consequências. In: BATISTA, Luiz Olavo. Construção Civil e Direito. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 5.

BRASIL. Poder judiciário. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Apelação nº 0036632-84.2007.8.26.0000. 25ª Câmara Cível. Julgado em: 11/05/2011. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5136953&vIcaptcha=DkRsm>>

_____ Agravo de Instrumento nº 0457603-20.2010.8.26.0000. 33ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 31/01/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4918063>>

_____ Agravo de Instrumento nº 1.176.454/00/6. 27ª Câmara Cível. Julgado em: 25/11/2008. Disponível Em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3398592>

_____ Agravo de Instrumento nº 1.128.054-0/0. 25ª Câmara Cível. Julgado em: 27/11/2007. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2396244>

_____ Agravo de Instrumento nº 1058706-0/7. 26ª Câmara Cível. Julgado em: 28/08/2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3 131758>

_____ Agravo de Instrumento nº 1019061-0/5. 26ª Câmara Cível. Julgado em: 29/05/2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3 099560>

_____ Agravo de Instrumento nº 982912-0/6. 26ª Câmara Cível. Julgado em: 21/11/2005. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3 028521>

_____ Agravo de Instrumento nº 893786-0/7. 26ª Câmara Cível. Julgado em: 22/08/2005. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3 005202>>

BRASIL. Poder judiciário. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação nº 0153566-93.2002.8.19.0001 (2003.001.26635). 2ª Câmara Cível. Julgado em: 05/02/2004. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000335B96D71171F7F4D7FEA7BDD67D370B2E974C3193C3A>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71000743484, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 06/12/2005, Publicação: DJ 3255, 22/12/2005.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 95, de 26 de Fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. (Código Civil de 2002) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.245, de 18 de Outubro de 1991. (Lei de Locações/Inquilinato) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm>

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0057.htm>

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (Código Tributário Nacional) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acessado em 10/11/2012.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 580, de 19 de Dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-580.htm>

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12744.htm>

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e outras proposições. Projeto de Lei nº 6562/2009: Redação Original. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723215&filename=PL+6562/2009>

_____ Projeto de Lei nº 356/2011: Redação Original. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=838908&filename=PL+356/2011> Acessado em: 30/11/2012.

_____ Projeto de Lei nº 356/2011: Despacho determinado o apensamento ao PL nº 6562. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=852622&filename=Despacho-PL+356/2011-28/03/2011>

_____ Projeto de Lei nº 6562/2009: Substitutivo nº 1 da CCJC. Relator: Ricardo Berzoini. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914393&filename=SBT+1+CCJC+%3D%3E+PL+6562/2009>

_____ Projeto de Lei nº 6562/2009: Parecer da CCJC. Relator: Índio Costa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=828019&filename=Tramitacao-PL+6562/2009> Acessado em: 29/11/2012.

_____ Projeto de Lei nº 6562/2009: Substitutivo nº 2 da CCJC. Relator: Ricardo Berzoini. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=948840&filename=SBT+2+CCJC+%3D%3E+PL+6562/2009>

_____ Projeto de Lei nº 6562/2009: Emenda nº 1/2010 na CCJC. Autor: Fernando Chucre. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarin>

tegra?codteor=747915&filename=EMC+1/2010+CCJC+%3D%3E+PL+6562/2009>

_____ Projeto de Lei nº 6562/2009: Redação Final da CCJC. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=994440&filename=RDF+1+CCJC+%3D%3E+PL+6562/2009>

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas. Projeto de Lei da Câmara nº 60/2012. Relatório. Relator: Senador Gim Argello. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/113981.pdf>>

_____ Projeto de Lei da Câmara nº 60/2012: Aprovação da Emenda nº 01 da CCJC. Relator: Senador Gim Argello. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/116816.pdf>>

_____ Projeto de Lei da Câmara nº 60/2012: Redação Final Revisada. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=118029&tp=1>>

_____ Projeto de Lei da Câmara nº 60/2012: Quadro Comparativo do Projeto da Câmara ao Senado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=118027&tp=1>>

_____ Projeto de Lei da Câmara nº 60/2012: Autógrafo enviado à sanção. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/118705.pdf>>

BRASIL. Congresso nacional. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e outras proposições. Projeto de Lei nº 5.505. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=440341/2009>>

BRASIL. Poder judiciário. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo de Instrumento nº 825.706 -SP (2006/0118962-7). Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em: 08/02/2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesm onocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=2852044&formato=PDF>>

_____ Recurso Especial nº 885.910 -SP (2006/0144180-0). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 10/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/rev istaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3569866&sReg=200601441800&sData=20080805&sTipo=51&formato=PDF>